



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GISELI CAROLINE TOBLER

DECISÃO PENAL: A CONTRIBUIÇÃO DA PSICOLOGIA COGNITIVA

Florianópolis

2014

GISELI CAROLINE TOBLER

DECISÃO PENAL: A CONTRIBUIÇÃO DA PSICOLOGIA COGNITIVA

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Doutor Alexandre Morais da Rosa

Florianópolis

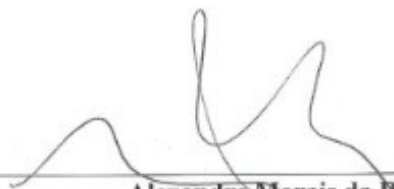
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO


TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Decisão Penal: A Contribuição da Psicologia Cognitiva**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Giseli Caroline Tobler**, defendido em **11/12/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (Dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

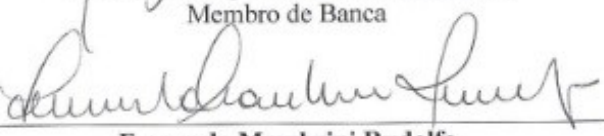
Florianópolis, 11 de Dezembro de 2014



Alexandre Moraes da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



Mark Pickersgill Walker de Medeiros
Membro de Banca



Fernanda Mambrini Rudolfo
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Sou grata à minha família pelo amor, amizade e alegrias de sempre, sobretudo, ao meu marido por todo o cuidado e dedicação. Aos meus bons amigos da faculdade, especialmente aqueles que estiveram comigo durante todo esse percurso.

Agradeço imensamente ao meu Orientador Professor Alexandre Morais da Rosa, pela atenção e incentivo de sempre bem como por ter me apresentado ao seu *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*, responsável pelo meu ingresso nas loucuras da Psicologia Cognitiva. Elas fazem sentido. Agradeço à Deus pela coragem e por acreditar em mim mais do que eu mesma.

*Que dirá ela? Que dirá a horrenda Consciência:
aquele espectro no meu caminho?*

*(Chamberlain por Edgar Allan Poe em Histórias
Extraordinárias)*

RESUMO

A Psicologia Cognitiva apresenta como pressuposto a análise dos comportamentos mentais humanos, isto é, o raciocínio, a memória, o pensamento, a atenção, a imaginação, a linguagem, o juízo, entre outros e sua interação com as informações absorvidas pelo cérebro. O modo como essas alterações neurológicas acontecem expressa o conhecimento de um indivíduo em relação a uma determinada situação. Esses estados mentais são exteriorizados a partir de dois mecanismos de decisão chamados de Sistema S1, responsável pela resposta rápida, automática, intuitiva, inconsciente e sem esforço cognitivo e o Sistema S2 lento, deliberado, minucioso, consciente, racional e com excessivo gasto de energia. Na decisão penal pautada na Filosofia da Consciência o magistrado acredita decidir envolto por um pensamento integralmente racional, entretanto, testes empíricos comprovaram que tanto o Sistema S1 quanto o Sistema S2 apresentam limitações, uma vez que o ser humano não tem acesso a totalidade de informações presentes no cérebro. A Psicologia Cognitiva propõe, desta forma, evidenciar as limitações do pensamento humano segundo as concepções dos Sistemas S1 e S2 bem como suas falhas quando presentes em um julgamento alicerçado exclusivamente na certeza da própria racionalidade.

Palavras-chave: Psicologia Cognitiva; Comportamentos Mentais; Sistemas S1 e S2; Decisão Penal; Magistrado; Filosofia da Consciência; Racionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 A CONTRIBUIÇÃO DA PSICOLOGIA COGNITIVA	10
1.1 O Pensamento de Daniel Kahneman	10
1.2 O Pensamento de Nassim Nicholas Taleb	17
1.3 Sistemas de Decisão: S1 e S2	25
2 TEORIA DA DECISÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	33
2.1 Teoria da Decisão no Crime	33
2.2 Sujeitos de Direito: para além da Racionalidade Linear	41
2.3 Sistemas Inquisitório x Acusatório.....	48
3 A CONTRIBUIÇÃO DA PSICOLOGIA COGNITIVA PARA A TEORIA DA DECISÃO NO CRIME	56
3.1 Decisão no Sistema S1	56
3.2 Decisão no Sistema S2	63
3.3 Para uma Perspectiva Democrática da Decisão a partir da Psicologia Cognitiva	69
CONCLUSÃO.....	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	80

INTRODUÇÃO

Há muito tem-se falado sobre o posicionamento do magistrado na tomada de decisão judicial. Um importante questionamento a respeito remete-se a origem da motivação para deliberar de acordo com tal postura, bem como as influências presentes no momento da decisão. O juiz, sobretudo, no Direito Penal e Processual Penal, por vezes, adota uma estratégia que vai de encontro com o devido processo legal, assentado em premissas *a priori* que o acompanharão até o momento da prolação da sentença.

A Psicologia Cognitiva surge como uma alternativa inovadora em relação as demais teorias que analisam a decisão judicial. Sua proposta tem como premissas o próprio comportamento mental do magistrado bem como o modo no qual as informações são obtidas, filtradas pelo cérebro e novamente exteriorizadas. A deliberação final inevitavelmente ocorrerá de forma automática, involuntária, inconsciente e sem esforço cognitivo ou de maneira lenta, minuciosa, consciente e exaustivamente deliberada. Essas possíveis consequências são denominadas pelo psicólogo israelense Daniel Kahneman de sistemas de decisão S1 e S2, respectivamente.

A partir desses comportamentos mentais, quais sejam, o raciocínio, a memória, o pensamento, a intuição, a percepção, a linguagem, entre outros, e pautado nos métodos experienciais de Daniel Kahneman o objetivo desta monografia será analisar quais os limites da compreensão em relação a uma decisão judicial racionalmente justificada a partir dos métodos cognitivos de julgamento, uma vez que não existe decisão integralmente racional.

No primeiro capítulo serão abordadas as consequências de uma concepção assentada no Sistema S1, o modelo intuitivo de decisão, bem como os momentos em que apenas o Sistema S2 estará apto a solucionar um problema. Serão, portanto, objetos de estudo neste primeiro ponto, ainda que de forma sucinta, a ilusão cognitiva, a lei do menor esforço, o esgotamento do ego, o efeito *halo*, a ativação associativa, o efeito de *priming*, o conforto cognitivo, bem como suas relações com a tomada de decisão, a partir do livro *Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar*, de Daniel Kahneman.

Após, a indagação será direcionada para as consequências de um julgamento sob o enfoque da incerteza tanto em relação as previsões futuras quanto no que concerne aos acontecimentos passados. O *best seller* *A Lógica do Cisne Negro: O Impacto do Altamente Improvável* assim como a obra *Antifrágil: Coisas que se Beneficiam com o Caos*, ambos do libanês Nassim Nicholas Taleb servirão de alicerce para a compreensão de algumas

importantes concepções quase nunca percebidas quando da tomada de decisão. A abordagem será em relação aos conceitos de platonismo, distorção retrospectiva, falácia da narrativa, Cisnes Negros, ilusão de compreensão, empirismo ingênuo, erro de confirmação, dependência do domínio, evidência silenciosa, antifragilidade, via negativa e estoicismo de Sêneca.

No último ponto deste primeiro capítulo o enfoque será conduzido para a decisão no Direito Penal e Processual Penal a partir de algumas teorias que buscam explicar os fundamentos de uma decisão judicial, bem como a consideração dos Sistemas S1 e S2 como elementos essenciais, sobretudo, nos julgamentos de difícil solução. Serão objetos de inquirição, ainda que somente no que concerne a pontos específicos, a teoria formalista, a teoria realista, a concepção de Jerome Frank, a ideia de Herbert Lionel Adolphus Hart, a teoria cognitivo-desenvolvimentista defendida por Lawrence Kohlberg e Jean Piaget assim como a teoria sócio-intuicionista de Jonathan Haidt.

No segundo capítulo desta monografia a decisão judicial será analisada em conformidade com sua atual concepção, ou seja, racionalmente idealizada. Partindo do entendimento explorado em alguns *Manuais de Direito Processual Penal* é possível depreender os equívocos de uma decisão justificada segundo a proposta da Filosofia da Consciência. Serão apresentados e desmistificados, o dualismo cartesiano de René Descartes e o decisionismo jurídico de Carl Schmitt, bem como a contribuição de Bernd Schünemann com sua Teoria da Dissonância Cognitiva, responsável por demonstrar algumas falhas e arbitrariedades no julgamento do magistrado.

Em seguida, o objeto desta pesquisa recairá sobre o sujeito de direito. A abordagem preliminar será a do sujeito solipsista sob a perspectiva mitológica do "leito de Procusto". Aqui novamente a ideia de racionalidade absoluta se mostrará presente nas decisões judiciais, sendo, portanto, necessário mais uma vez averiguar o pensamento dualista cartesiano, em correspondência com o entendimento de Immanuel Kant. Uma possível superação desta metafísica tradicional é apresentada a partir das considerações de Martin Heidegger e Hans Georg Gadamer, sendo, portanto, uma concepção para além da racionalidade linear, constantemente apregoada no sistema de decisão judicial.

Por fim, o último tópico deste segundo capítulo apresentará a importante distinção entre os sistemas inquisitório e acusatório de julgamento, bem como as consequências de uma decisão pautada em um ou em outro modelo. O processo inquisitorial será analisado a partir de sua formação, ainda que pontualmente, devido a importância e peculiaridade de seus resultados. Esse entendimento inicial objetiva esclarecer alguns mecanismos ainda utilizados pelo magistrado em suas decisões. A estratégia punitiva pautada no direito penal do inimigo, a

busca incessante pela verdade no processo, a desconsideração de princípios constitucionais, sobretudo o *in dubio pro reo* impossibilitando a defesa do acusado, são fatores usualmente empregados na decisão judicial que contrariam o modelo acusatório, transformando o julgamento em verdadeira "caça às bruxas". Deste modo, a fundamentação da decisão judicial apoiada no discurso racional de um juiz inquisidor terá como fim predominante a prova certa e inequívoca da culpabilidade do acusado.

No último capítulo, a Psicologia Cognitiva retorna como uma contribuição imprescindível para a decisão judicial. Sob o enfoque do Direito Penal e Processual Penal o primeiro ponto será examinado a partir da decisão no Sistema S1 de Kahneman. Serão expostas, a princípio, as distinções entre os comportamentos mentais proposicionais e sensações. Como consequência desses conceitos será possível compreender que a decisão do juiz segundo o Sistema S1 está intrinsecamente embasada em influências externas ao Direito. A fundamentação alicerçada em posicionamentos intuitivos é altamente influenciável, sendo resultado da maior parte das falhas de julgamento. A decisão do magistrado, portanto, sempre estará contida em pré-compreensões ainda quando pense a respeito. Serão, do mesmo modo relembradas algumas influências presentes no primeiro capítulo.

O ponto seguinte terá como inquirição a decisão no Sistema S2. Como proposta para um julgamento efetivamente motivado será inicialmente discutida a ideia relativa a própria formação da convicção do juiz, sob a perspectiva da hermenêutica filosófica, especificamente retomando a proposta de Heidegger. A decisão do magistrado, neste contexto, será apreciada a partir da origem de sua interpretação. Entretanto, quando considerada em correspondência com os comportamentos mentais da Psicologia Cognitiva, a hermenêutica filosófica não se sustenta relativamente ao problema da racionalidade, uma vez que idealiza a decisão como algo inerente ao ser, afastada da realidade existencial.

Finalmente, no último tópico do terceiro capítulo, a decisão incidirá sob a perspectiva positiva da Psicologia Cognitiva como proposta para uma decisão judicial efetivamente democrática. O ponto inicial abordará as falhas do pensamento moderno de julgamento segundo os ideais da Filosofia da Consciência, do *senso comum teórico dos juristas*, da busca incessante pela verdade no processo, bem como as limitações de seus argumentos diante das inovações trazidas pelos comportamentos cognitivos.

Neste ponto foi primordial tanto para a compreensão da moderna concepção de racionalidade quanto para os equívocos cometidos pela ampla maioria dos juizes ao desprezar a influência dos comportamentos mentais na tomada de decisão judicial o livro *Decisão Penal: A Bricolage de Significantes* resultado da tese de doutorado do Professor Doutor

Alexandre Morais da Rosa. Seu entendimento acerca do assunto ultrapassa a mera idealização consciente do processo e ao mesmo tempo apresenta uma perspectiva que embora direcionada para a Psicanálise em muito contribui para nos mostrar as falhas dos atuais julgamentos no Direito Penal e Processual Penal.

1 A CONTRIBUIÇÃO DA PSICOLOGIA COGNITIVA

1.1 O Pensamento de Daniel Kahneman

A palavra cognição do latim *cognitione* significa o ato de adquirir um conhecimento.¹ Para a Psicologia Cognitiva, esse conhecimento está diretamente conectado aos diversos comportamentos mentais. Desta forma, a maneira como a memória, o raciocínio, a atenção, o juízo, a imaginação, o pensamento e a linguagem são captados e convertidos no interior da mente, pode influenciar a percepção em relação ao ambiente externo.

O psicólogo Daniel Kahneman, nascido em Tel Aviv, Israel em 1934 e ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 2002, durante anos realizou pesquisas que relacionam o comportamento humano aos julgamentos e a tomada de decisão. Uma das mais surpreendentes conclusões que obteve, juntamente com seu companheiro de pesquisas, Amos Tversky, foi que em muitas decisões, inclusive nas mais importantes, o ser humano por diversas vezes age não guiado pela razão, mas por instintos e emoções.

Essa ilusão de certeza, de racionalidade diante das múltiplas alternativas a que somos expostos, esquece que durante o processo de captação e conversão do conhecimento existem muitas influências, algumas tão fortes que são capazes de nos fazer acreditar que a decisão tomada é a mais correta, quando na verdade somos induzidos a acreditar naquilo que parece mais razoável.

Embora raramente percebamos, nossa capacidade de intuição está presente diariamente e conforme essas habilidades intuitivas se especializam, os julgamentos e as decisões tornam-se mais ou menos automáticos. A intuição nada mais é do que reconhecimento, quanto mais elementos familiares estiverem presentes em uma situação mais rápido a resposta virá e provavelmente será a correta.

Há situações, entretanto, nas quais o conhecimento estará diante de um problema mais difícil sem uma solução à vista, neste caso, a intuição, por ser automática, imediatamente prevê uma solução para o dilema. Existe, todavia, uma tendência da mente em substituir uma questão mais difícil por uma mais fácil, e é aqui que reside a essência das heurísticas estudadas por Daniel Kahneman e Amos Tversky.²

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2009, p.243.

² KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p.22.

O conhecimento intuitivo é adquirido pelo indivíduo já na infância e é possível que permaneça com ele por toda a vida, são modelos e padrões que naturalmente se encaixam criando uma conexão com a realidade. A partir desses conhecimentos outros surgem como um aperfeiçoamento do saber. E a intuição, automática, implícita e emotiva é substituída por um pensamento mais elaborado, mais bem fundamentado, que, ocasionalmente, se opõe a essa percepção inicial.³

Desta forma, é imprescindível a análise e o estudo do pensamento de Daniel Kahneman. Sua contribuição para a tomada de decisão, tendo como base a Psicologia Cognitiva transita em torno de dois sistemas mentais, chamados por Kahneman de agentes. São esses dois Sistemas S1 e S2, basicamente, os responsáveis por guiar nosso pensamento para a racionalidade ou para a emotividade.

É indispensável compreender que os Sistemas S1 e S2 explorados por Daniel Kahneman, vão além da mera explicação de como o cérebro reage aos estímulos. Existe em sua abordagem, verificada principalmente por experimentos feitos durante anos com milhares de pessoas, uma constante, ou seja, somos induzidos a criar padrões daquilo que automaticamente é assimilado.

Essas impressões e sensações adquiridas espontaneamente através do Sistema S1 não seguem uma linha de pensamento ordenado, são apenas absorvidas pela cérebro. O instinto natural e inicial do ser humano é simplesmente assimilar tudo que está ao seu redor. Após esse acúmulo de sugestões o passo seguinte é a organização dessas ideias. Aqui entra o Sistema S2.

O Sistema S2, diferente do involuntário Sistema S1, não permanece em constante alerta, ao contrário, utiliza apenas uma pequena porção de sua capacidade. O S2 é o responsável pelas condutas e atitudes conscientes e racionais do ser humano. Através desse sistema, nosso cérebro consegue ordenar o pensamento, produzindo uma série de ideias congruentes e compreensíveis. Em outras palavras, a partir do momento em que o Sistema S2 aceita as sugestões do Sistema S1, nasce uma crença, uma escolha, o poder de decidir.⁴

O alerta feito por Daniel Kahneman se refere exatamente a essa crença do ser humano na racionalidade. Acreditamos que todas as atitudes tomadas são fruto de uma percepção avançada, de uma análise minuciosa do fato. Embora o Sistema S2 seja o responsável pelo autocontrole do cérebro, utilizar-se dele exige um grande esforço, nesse caso, há situações em

³ ALVARENGA, Galeno Procópio M. *Segredos da Mente: Decifrando a Sabedoria Popular*. disponível em <http://www.galenoalvarenga.com.br/baixar/livros-online/psicologia-psiquiatria-neurociencia/segredos_da_mente.pdf>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

⁴ KAHNEMAN, 2012, p.33.

que o Sistema S1 absorve uma informação de forma equivocada e essa informação, por sua vez é aceita pelo Sistema S2, como consequência erros sistemáticos começam a surgir.

Toda origem desses erros parte da sedução inicial provocada pela intuição. Pelo fato de o Sistema S1 ser automático, inevitavelmente não pode ser controlado ou desligado ao sabor da vontade. O Sistema S2, por sua vez, é preguiçoso demais em determinados momentos, sendo persuadido por essa ilusão cognitiva.

A intuição, todavia, não deve ser vista como vilã. Sua contribuição na capacidade de assimilar conhecimento é de extrema importância, pois não exige esforço e na maior parte do tempo sua previsão está correta. Seria cansativo, tedioso e quase impossível manter um alerta constante do Sistema S2 à procura das possíveis falhas transmitidas pelo Sistema S1.⁵ Uma solução viável para fugir da ilusão cognitiva seria manter a atenção nos próprios padrões criados pelo cérebro, isto é, aqueles em que os erros são nítidos devem ser evitados nos julgamentos mais sérios.

Uma questão que merece especial consideração. Tanto o Sistema S1 quanto o Sistema S2 são personagens fictícios, ou seja, nosso cérebro não dispõe de uma parte específica responsável pelo Sistema S1 e outra agindo conforme o Sistema S2. São apenas mecanismos ilusórios com o intuito de esclarecer, de forma simples e precisa como o cérebro age e interage com o ambiente externo.

Existem certas ocasiões em que somos submetidos a julgamentos e decisões que exigem um grau de atenção mais sofisticado, nesse momento a intuição e a percepção involuntária do Sistema S1 não são hábeis o suficiente para solucionar o problema. A presença do Sistema S2 é fundamental.

Uma descoberta resultante dos testes feitos por Daniel Kahneman, baseados nos estudos de Eckhard Hess, mostrou que nosso cérebro, ao ser submetido a um desafio de extrema complexidade age até certo ponto, ou seja, existe um momento em que nosso Sistema S2 simplesmente para, a partir daí não existe mais esforço. E essa interação do cérebro com o ambiente externo pôde ser visualmente percebida, pois conforme a dificuldade aumentava a pupila automaticamente dilatava, até que em um determinado momento ela simplesmente contraía, aqui a capacidade de raciocínio chegara ao seu limite.

Como resultado de tamanho esforço, o Sistema S2 tende a organizar na memória as ideias de diferentes ações ao mesmo tempo em que cria conexões entre elas. O Sistema S1 não é capaz de lidar com múltiplas e distintas informações. Esta provavelmente é a razão da incapacidade de raciocínio de muitos indivíduos quando submetidos a um problema de

⁵ KAHNEMAN, 2012, p.39.

tomada de decisão mais complexo. O Sistema S2 dessas pessoas simplesmente não funciona. O problema refere-se ao esgotamento do ego. O psicólogo americano Roy Baumeister demonstrou em experimentos que quando o cérebro é submetido a um desafio que exige o máximo de autocontrole e esforço de vontade, a tendência é que o desgaste sofrido permaneça quando o próximo desafio seja proposto. Isso ocorre porque nosso Sistema S2 tende a fazer o mínimo de esforço possível, apenas atendendo as escolhas usualmente feitas pelo intuitivo Sistema S1. O esgotamento do ego representa uma perda de motivação.⁶

O esgotamento do ego é diretamente proporcional ao nível de dificuldade da decisão a ser analisada e inversamente proporcional à ideia de energia mental, apresentada por Baumeister. Quanto maior o esforço despendido em uma tarefa menor será a taxa de glicose presente no sistema nervoso.⁷ Essa é uma consequência natural do sistema biológico humano.

Uma mente cansada tende a seguir o caminho do menor esforço. Como resultado, a intuição será a responsável por tomar a decisão, que provavelmente numa situação mais complexa estará sujeita a cometer grandes erros, pois o Sistema S1 não é capaz de fazer ajustes de tarefa, próprios do Sistema S2, qual seja, distinguir na memória uma situação incerta dentre várias situações habituais.⁸

O esforço cognitivo de fato é extenuante, tedioso, pois retira o ser humano da sua zona de conforto. É muito mais prático e prazeroso agir conforme nosso instinto natural, acreditar que nossa intuição realmente é a correta. Isso torna as pessoas mais confiantes, superconfiantes, praticamente cegas aos efeitos colaterais de sua própria intuição.

Como é próprio do Sistema S1 a percepção involuntária, a tendência é acreditar primeiro na resposta que se busca para somente depois analisar os argumentos que lhe deram causa. Se não houver um esforço mínimo da memória, é provável que a sedução da resposta crie argumentos equivocados. A conclusão mais razoável para essa falta de cuidado ao tomar decisões baseadas na intuição é a própria displicência do ser humano. Somos inclinados a não pensar o suficiente e a aceitar a resposta mais agradável.

Há, entretanto, uma relação direta entre o controle cognitivo e a inteligência, apresentada por algumas pessoas. Segundo alguns testes feitos por pesquisadores da Universidade do Oregon, impor ao cérebro estímulos de atenção melhora não apenas o autocontrole mas também aumenta a capacidade de raciocinar, interpretar e compreender situações novas.

⁶ KAHNEMAN, 2012, p.56.

⁷ KAHNEMAN, 2012, p.57.

⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.85.

Um fator interessante diz respeito aos genes específicos envolvidos no processo de aquisição da atenção. Quanto maior o estímulo recebido pelo indivíduo, mais propenso a desenvolver seu Sistema S2 e, conseqüentemente mais apto a resolver questões complexas ele estará. Do mesmo modo pode-se observar o contrário naqueles que não tiveram sua atenção desenvolvida, pois estes estão mais inclinados a acreditar na intuição, sendo seu Sistema S2 mais preguiçoso do que usualmente.

Quando falamos do Sistema S1 como um mecanismo para compreender o funcionamento do cérebro de maneira automática, rápida, involuntária e inconsciente, não estamos reduzindo sua função a um mero recurso utilizado na ausência do Sistema S2. Ao contrário, o Sistema S1 vai muito além da intuição. Embora não esteja apto a integrar informações distintas e complexas, sobretudo quando se refere a dados estatísticos, o Sistema S1 é capaz de associar ideias, transmitindo uma ligação coerente entre a mente e o corpo. Esse mecanismo é chamado de ativação associativa.

A associação de ideias nada mais é do que uma reorganização de tudo aquilo que absorvemos. Nossa memória, através do Sistema S1 absorve milhares de ideias todos os dias, muitas de forma inconsciente e sem que percebamos essas ideias ativam outras ideias que, por sua vez, ativarão outras ideias, até formar uma rede complexa em nosso cérebro. O ponto interessante da memória associativa se refere ao fato de que a maior parte dessas ideias estão no nosso inconsciente, ou seja, mais uma vez a intuição nos faz acreditar que sabemos muito mais do que julgamos saber.

Através do mecanismo da associação de ideias psicólogos descobriram, por meio de experimentos, que a rede de conexões mentais é muito mais complexa e não se restringe apenas a palavras. Isso significa que a exposição a uma palavra, objeto, situação ou qualquer coisa influenciável tem a capacidade de alterar o comportamento humano. Inconscientemente nossas emoções e ações reagem a esses acontecimentos formulando uma coerência. Esse fenômeno é chamado pelos psicólogos de efeito de *priming* que, nesse contexto pode ser traduzido como evocar, estimular.⁹

Novamente, é possível refutar a ideia de que o ser humano é um ser racional e consciente das decisões que aprecia. Grande parte dos julgamentos resultantes do efeito de *priming* não são sequer observados por aqueles que o vivenciam. As atitudes partem do inconsciente e são influenciadas, sobretudo, pelo ambiente do momento.¹⁰ Não conseguimos

⁹ KAHNEMAN, 2012, p.69.

¹⁰ KAHNEMAN, 2012, p.163.

perceber porque nosso Sistema S2 também se deixa enganar e nos ilude com essa certeza de que está no comando.

Como o efeito de *priming* é resultado do Sistema S1 não há uma solução específica, a não ser ter mais atenção e aceitar que o acesso ao cérebro é limitado e que, por mais descobertas e avanços que ocorram tanto na Psicologia Cognitiva quanto em outras áreas afins, ainda assim nosso acesso será muito mais limitado do que desejamos. E não há nada de errado nisso.

Outro mecanismo importante que detecta se um evento merece mais ou menos atenção e esforço mental diz respeito ao conforto cognitivo. Quando o Sistema S1 está apto a resolver uma tarefa, sem a ajuda do Sistema S2, sua disposição tende a estar mais para relaxado. Inversamente quando o S1 não é capaz de solucionar um problema sem a ajuda do Sistema S2, nosso cérebro suporta uma tensão cognitiva.

O modo como o cérebro reage diante de uma situação de conforto ou tensão cognitiva influencia diretamente nossas decisões e julgamentos. Quando estamos em um estado de conforto cognitivo ficamos mais propensos a acreditar em nossa intuição, somos conduzidos pelo Sistema S1. Por outro lado a tensão cognitiva provoca no cérebro um estado de alerta, menos evidente. Neste caso, o preguiçoso Sistema S2 é compelido a entrar em ação.

O estado de conforto cognitivo é ocasionado por uma ilusão de familiaridade. Quando vemos ou ouvimos alguma coisa, automaticamente nossa memória grava e guarda a informação. Como o pensamento também é suscetível a ilusões, essa informação transmite uma ideia de experiência passada e, conseqüentemente nos fazer acreditar que uma situação já "vivenciada" tem um grau de veracidade muito maior do que uma situação nova, na qual não há familiaridade.

Grande parte das respostas àquilo que vemos, ouvimos ou sentimos não tem uma causa conhecida, a maior parte de nossas percepções provém do Sistema S1. Definitivamente somos avessos ao esforço mental. É muito mais fácil influenciar alguém transmitindo para sua memória uma informação, repetidamente, até torná-la familiar do que ensinar-lhe que familiaridade não necessariamente significa verdade.

O ser humano efetivamente não é um organismo imparcial. A todo momento e para todas as situações o Sistema S1 busca uma causalidade. Nós simplesmente não conseguimos aceitar um fato sem que esteja acompanhado de uma história. Através dos eventos cotidianos nosso cérebro associa acontecimentos passados e elabora uma expectativa para o futuro, baseada nesses fatos.

Como resultado dessa necessidade em atribuir uma causa para qualquer ocorrência, somos induzidos pelo Sistema S1 a solucionar um problema sem conhecer todas as alternativas possíveis, sustentados apenas em experiências passadas. A dúvida consciente e a incerteza, bem como as diversas possibilidades não analisadas ou mesmo percebidas pelo Sistema S1, são próprias do Sistema S2 e, portanto, necessitam de esforço mental para entrar em ação.

O Sistema S1 além de rápido e automático também tende a aceitar uma informação inicial como verdadeira, isto é próprio de sua natureza. Essa predisposição em gostar ou desgostar de algo ou alguém à primeira vista é conhecida como efeito *halo*. É uma evidência inicial automaticamente moldada pelas emoções e a apreciação está ligada a essa primeira impressão. O perigo do efeito *halo* é que exageramos no julgamento com base apenas na opinião inicial, e por vezes não visualizamos as posteriores características relevantes.

A solução para não se deixar enganar pelo efeito *halo* não é uma tarefa simples, é necessário observar com atenção todas as possibilidades que permeiam a situação, é importante analisar cada característica separadamente, com o intuito de não ser influenciado pelas primeiras impressões.

Além de sermos guiados pelo intuitivo Sistema S1, de sentirmos a necessidade de atribuir uma causa a qualquer evento, de tirarmos conclusões precipitadas com base em evidências limitadas,¹¹ não conseguimos visualizar nosso cérebro para além das ideias ativadas, ou seja, grande parte das informações que são assimiladas simplesmente não são recuperadas, nem mesmo pelo inconsciente.¹²

O problema dos julgamentos complexos é que eles estão assentados em informação incompleta. O Sistema S1 na maior parte do tempo é eficaz na resolução de pequenos contratempos. Porém quando se depara com questões complexas, nosso sistema intuitivo igualmente empenha-se em encontrar uma solução rápida e sem esforço. A resposta para essa questão difícil é simplesmente substituí-la por uma questão mais compreensível. Porém esse método de substituição esconde erros que influenciarão diretamente na resolução do problema.

A heurística, como é chamado esse método de substituição, ao utilizar a questão mais compreensível não necessariamente responde a questão mais difícil. Esse fenômeno ocorre porque somos predispostos a calcular mais do que o necessário.¹³ Diante de um problema não

¹¹ KAHNEMAN, 2012, p.112.

¹² KAHNEMAN, 2012, p.111.

¹³ KAHNEMAN, 2012, p.123.

focamos na situação real, ao contrário elaboramos hipóteses para problemas cuja resposta já conhecemos mas que não pertencem a evidência analisada, e assim nasce uma decisão.

O Sistema S2 geralmente é racional, consciente e lógico, embora preguiçoso. Todavia quando se trata de heurísticas e a questão envolve emoções o Sistema S2 está mais inclinado a aceitar a sugestão do Sistema S1.

Como resultado de tantos estudos alicerçados na Psicologia Cognitiva é possível identificar que ainda estamos muito longe de entender todo o funcionamento do cérebro humano. Mas isso não significa que nenhuma alternativa existe. Desconfiar da própria intuição e ter a consciência de que nosso acesso à informação disponível no cérebro é limitado evitaria muitas heurísticas e vieses (erros).

1.2 O Pensamento de Nassim Nicholas Taleb

Confundir intuição com racionalidade, na maior parte do tempo, poderia representar um traço de autoconfiança. Aquele que age conforme seus instintos, que crê genuinamente na razão de sua irracionalidade não enseja motivos para desconfiança, ao contrário pode até mesmo ser visto com admiração.

O perigo de um pensamento superconfiante não se resume a erros de tomada de decisão ou a um julgamento equivocado. Além de estarmos inclinados a acreditar que compreendemos mais do que realmente compreendemos também temos uma tendência em focar apenas naquilo que faz sentido, ou seja, só conseguimos enxergar o que, para nós, é conhecido. Consequentemente, não estamos preparados para eventos incertos.

O livro *A Lógica do Cisne Negro: o impacto do altamente improvável*, do libanês Nassim Nicholas Taleb não se tornou um *best seller* por acaso. Nesta obra, praticamente um manual de como sobreviver e se preparar para eventos futuros e incertos, Taleb nos mostra o perigo de seguirmos determinados padrões em certas situações. O cérebro tende a se moldar de acordo com aquilo que lhe parece mais conveniente. Ignoramos o abstrato, subestimamos o passado e superestimamos um futuro que, de fato, nunca estaremos efetivamente preparados.

Nassim Nicholas Taleb assim como Daniel Kahneman propõe alternativas para compreender porque o ser humano não consegue aceitar ou mesmo visualizar suas limitações. E, principalmente porque ignoramos fatos relevantes em detrimento da superficialidade. A proposta é desconstruir todo esse cenário padronizado, visível, resumido e raso que nos cerca.

O pensamento deve partir do desconhecido, é imprescindível desconfiar mais, analisar mais e, sobretudo, aceitar que eventos raros e extremos existem e são eles que movem o mundo.¹⁴

O platonismo, como o próprio nome sugere se reporta ao mundo das ideias proposto por Platão. Aqui, segundo essa teoria, encontram-se o conhecimento, a verdade e a justificativa para todo o entendimento referente à conexão entre a realidade e a percepção humana. Segundo Platão somente através dessas ideias imutáveis e padronizadas é possível compreender a realidade na sua plenitude. Mas para que isso ocorra é necessário abstrair suas imperfeições restando apenas sua verdadeira essência. No mundo idealizado por Platão as ideias transcendem a experiência, são universais, permanentes e eternas, e estão dispostas segundo uma hierarquia em que os valores humanos derivam de uma única ideia principal.

A Teoria das Ideias proposta por Platão, apesar de parecer sedutora à primeira vista, esconde uma grande ilusão. Quando nos fixamos em uma ideia central como ponto de partida para outras ideias, automaticamente uma vasta quantidade de detalhes deixam de ser percebidos.

A necessidade de atribuir uma razão para todo e qualquer acontecimento associada à distorção retrospectiva, ou seja, a capacidade de filtrar acontecimentos passados atribuindo sentido apenas aqueles que se encaixam aos eventos posteriores tem como resultado a falácia da narrativa, ou seja, nosso cérebro é predisposto a aceitar e gostar de histórias, sobretudo, histórias compactas.¹⁵

Quando o pensamento se volta para o passado na tentativa de entender a causa de um evento, um fenômeno interessante ocorre. Por um lado não conseguimos nos abster de um julgamento, teorizar não é algo que esteja sob nosso controle, o cérebro simplesmente não é capaz de se manter inerte. A não teorização suporta um desconforto cognitivo, dado que pertence ao inconsciente, as atividades automáticas permanecem mesmo na ausência da percepção ou para além desta.¹⁶

Por outro lado, o cérebro tende a conectar as informações aos fatos atribuindo-lhes um sentido. E, à medida que é criada uma ligação lógica entre a explicação e o fato, a resposta se torna mais clara e as demais informações são esquecidas conforme a impressão de entendimento aumenta. Esta é outra característica intrínseca de nosso cérebro, quando algum sentido é atribuído a um acontecimento ocorre um bloqueio na percepção dos detalhes que lhe deram origem.

¹⁴ TALEB, Nassim Nicholas. *A Lógica do Cisne Negro: o impacto do altamente improvável*. Trad. Marcelo Schild. São Paulo: Best Seller, 2012, p.27.

¹⁵ TALEB, 2012, p.100.

¹⁶ TALEB, 2012, p.104.

Outra explicação para nossa predisposição por histórias e por uma boa narrativa alude ao grau de importância das informações adquiridas, assim como ao local em que permanecerão armazenadas no cérebro. Com tantas informações disponíveis e um acesso limitado a elas, quanto mais ordenadas, compactadas, padronizadas e menos aleatórias forem, mais fácil será memorizá-las.

O resultado dessa padronização mental é a exclusão das informações mais complexas, com um alto grau de aleatoriedade. Portanto, a predisposição para simplificar uma situação não retira apenas informações importantes mas também nos faz pensar que o mundo é menos aleatório do que realmente é.¹⁷

Isso também ocorre quando analisamos o passado, este é muito mais aleatório e complexo do que nosso pensamento consegue perceber. A falácia da narrativa está diretamente ligada a causalidade, ou seja, quando lembramos de fatos passados a tendência é encaixá-los aquelas respostas já conhecidas após o evento. O que se verifica não é uma recordação daquilo que, de fato aconteceu, mas uma reconstrução alicerçada na melhor informação obtida posteriormente ao acontecimento.

A memória por ser dinâmica tende a gravar constantemente os eventos conforme vão ocorrendo em uma disposição sequencial e, a cada novo acontecimento uma nova recordação substitui a anterior. Sem que percebamos, pois este é um atributo de nosso inconsciente, novas narrativas são criadas a todo momento com o intuito de dar sentido aos eventos passados. Para cada nova recordação uma história diferente.

Quando as pessoas narram um acontecimento atribuindo-lhe um sentido de acordo com o que é mais conveniente acreditam cegamente que estão preparadas para eventos futuros e incertos. Porém, nosso cérebro é conduzido por aquilo que é conhecido, habitual e as informações abstratas assim como são esquecidas quando recordadas também são subestimadas quando pensamos na possibilidade de novamente virem a ocorrer.

A incapacidade em prever eventos extremos e raros, chamados de Cisnes Negros, por Taleb, tem como uma de suas consequências a falácia da narrativa e provém, principalmente do Sistema S1. A ilusão de compreensão torna o ser humano menos introspectivo, ou seja, o platonismo prevalece. Aceitamos ideias sem questionar o porque de tais resultados e quando duvidamos, a dúvida recai sobre incertezas habituais. Lutamos contra o Cisne Negro errado.¹⁸

Embora a falácia da narrativa esteja enraizada no cérebro é possível combatê-la. O método proposto seria substituir as narrativas pela experimentação, isto é, por um olhar mais

¹⁷ TALEB, 2012, p.107.

¹⁸ TALEB, 2012, p.124.

clínico acerca dos fatos pretéritos. O empirismo é uma doutrina filosófica que tem como principal teórico John Locke (1632-1704). Segundo essa corrente o conhecimento nasce da experiência e está limitado a ela, através do método de tentativa e erro. As ideias não são resultado de um pensar constante mas das experiências que adquirimos ao longo da vida.

O erro de confirmação se reporta ao que é chamado de empirismo ingênuo. Nosso cérebro tende a buscar uma explicação confirmatória dos fatos para quase tudo e, geralmente encontra muitas respostas. Na reestruturação de uma narrativa, além de muitas informações importantes serem negligenciadas nossa percepção quase sempre seleciona as informações mais propensas a responder positivamente aos nossos anseios.

Como resultado, o conhecimento adquirido pela experiência é seletivamente generalizado, ou seja, para alguns fatos o sistema indutivo é capaz de prever situações, mas quando o problema se mostra complexo demais a melhor alternativa encontrada é simplesmente ignorá-lo. O perigo do empirismo ingênuo está naquelas situações em que atribuímos respostas a partir do conhecido na tentativa de solucionar eventos desconhecidos.

Essa característica extremamente importante de nossa limitação em prever situações que habitualmente não vivenciamos se refere a dependência do domínio. Não somos hábeis o suficiente para transferir um conhecimento de uma especialidade para outra. O sistema intuitivo precisa de um enredo, a resposta estará atrelada não aquilo que parece mais razoável, mas ao momento e ao contexto em que ocorre. Teoria e prática quase nunca se entendem.

Daniel Kahneman apresenta a expressão *what you see is all there is* (WYSIATI) ou "o que você vê é tudo o que há" em alusão ao Sistema S1, que nos induz a tomar decisões precipitadas quando as informações são insuficientes, crenças essas que são endossadas pelo Sistema S2. Entretanto, partindo de uma concepção externa, Taleb nos apresenta a distorção da evidência silenciosa.

Essa ideia parte do princípio que o que vemos não é necessariamente tudo o que está lá. Quando narramos o passado em busca de uma possível previsão do futuro centenas de milhares de informações permanecem ocultas no pensamento e entre elas, há centenas de milhares de eventos extremos, bem como o fato gerador desses eventos.

Quando analisamos o passado grande parte de nossas crenças são construídas com base apenas em histórias de sucesso, ou seja, nosso pensamento se molda e tende a acreditar somente naquilo que foi visto e está registrado. É como se a história fosse construída apenas por heróis e esses heróis fossem apenas os sobreviventes.

E nessa reconstrução do passado a orientação está voltada para o menor esforço, as informações são lineares, objetivas e visivelmente claras. Não há espaço para as

aleatoriedades, inclusive as do tipo Cisne Negro, permanecendo estas naquilo que Taleb chama de cemitério dos esquecidos.

O cemitério dos esquecidos, diferente do que nosso cérebro ostenta não está cheio de pessoas fracassadas, inaptas ou destituídas de todo e qualquer saber, em outras palavras, atrás da evidência silenciosa há fatos e pessoas tão importantes e inteligentes quanto aquelas que glorificamos e temos como exemplo de saber supremo. O que separa essas pessoas habilidosas, inteligentes e notadamente bem sucedidas daquelas esquecidas, ignoradas e por vezes inúteis é principalmente um atributo: a sorte.

Esse viés da evidência silenciosa elabora uma sequência grave e ousada. Quando um acontecimento é seguido por um grande impacto, a tendência é aqueles que obtiverem menos sorte serem eliminados da evidência, de modo que haverá uma desigualdade nessa eliminação, prevalecendo um pequeno número de sortudos em detrimento de uma grande população de fracassados. Como nosso cérebro tem a predisposição para simplificar e confirmar aquilo que nossa visão de mundo almeja, somos induzidos a pensar que aqueles que restaram são mais fortes e hábeis do que a imensa maioria eliminada.

O problema da evidência silenciosa não se resume a rejeição do que está oculto. Por intermédio dela, assim como do erro de confirmação, não consideramos os eventos negativos, da mesma forma que, ao analisar aqueles que obtiveram êxito, apenas valorizamos suas conquistas esquecendo das evidências invisíveis e menos óbvias e subestimando os riscos passados, por meio da ilusão de estabilidade.

Quanto aqueles que sobreviveram, os sortudos, estes são inclinados a sentirem-se indestrutíveis. Há comprovação, todavia, de que o ser humano corre riscos, nesse caso sem estar familiarizado com todas as informações possíveis, mais por ignorância do que por arrogância.

A introspecção é um argumento interessante para solucionar o problema da evidência silenciosa. Não devemos investigar um fato partindo do vencedor, mas voltando ao início, quando todos aqueles que estavam envolvidos no evento tinham as mesmas condições de obter sucesso. A partir dessa inquirição a questão sorte será determinante em algum momento. O combate à evidência silenciosa, entretanto, deve estar limitado a situações experienciais, de tentativa e erro, qualquer história criada com o intuito de responder ao ocorrido estará intrinsecamente vulnerável à falácia da narrativa.

Não temos a capacidade de perceber que a maior parte dos eventos passados, e possivelmente dos que virão, são resultados de milhares de situações extremas não observadas em detrimento de uma ou outra causa que prevaleceu e que, portanto, servirá de alicerce. A

evidência silenciosa, juntamente com a falácia da narrativa e o erro de confirmação são manifestações que deformam nossa percepção da realidade, tornando-a mais compreensível do que realmente é. E na medida em que confiamos apenas naquilo que vemos e que ficou registrado na história, exageramos algumas situações e, novamente, ignoramos inconscientemente os fatos aleatórios, ainda que tenhamos consciência disso. O desdém pelo abstrato é algo natural e inerente ao ser humano.

Questionar o que move o ser humano ou qual é a essência de sua existência pode parecer complexo demais para ser respondido com base em apenas uma concepção. No entanto, essas perguntas não são menos complexas do que diversas outras a que diariamente somos expostos, porém, principalmente em razão da dependência do domínio não percebemos que o Sistema S1 se encarrega de prontamente encontrar a melhor e mais curta resposta.

Essa premissa conduz à uma relevante conclusão. O platonismo assim como o superficial são facilmente convertidos do pensamento para a realidade. Não há esforço, aleatoriedade, incerteza ou abstrações. Ao contrário, uma boa narrativa oferece muito mais emoção, confirma aquilo que almejamos, é concreta, não há obscuridade ou dúvidas, tudo é real, visível e conhecido.

Contudo, somos induzidos pela aparente racionalidade da intuição. É por isso que nos precavemos contra o Cisne Negro errado. Estamos preparados para eventos que já aconteceram e que dificilmente acontecerão novamente e esquecemos daqueles que ainda não ocorreram mas que possivelmente mais cedo ou mais tarde ocorrerão. Esse é um motivo para nunca estarmos preparados para eventos extremos, eles são abstratos demais para o limitado acesso a totalidade de nossa capacidade mental.

Outro padrão importante que apresentamos diante de eventos incertos e desconhecidos é a insistência em fazer previsões. Sofremos daquilo que é chamado de arrogância epistêmica. Essa característica mostra que não temos limite quanto aquilo que pensamos conhecer, acreditamos que quanto mais informação recebermos maior será o grau de conhecimento e consequentemente de autoconfiança.

O que não visualizamos quando estamos diante de uma grande quantidade de informação é que somos predispostos a confundir a informação real com as ideias que automaticamente formulamos diante de uma situação. Entre tantas ocorrências quase sempre estamos inclinados a confundir eventos aleatórios com informação. Essa interferência mental nos desloca daquilo que realmente é importante para aquilo que acreditamos ser o mais importante. Quanto mais informação mais confusão mental e, segundo estudos comprovados,

não há um aumento da exatidão nas previsões decorrente de um aumento do número de informações, mas apenas de autoconfiança.

Os efeitos da arrogância epistêmica geram algumas situações perigosas. Estamos predispostos aquilo que é chamado de entrar em túneis, elaboramos projeções mentais a partir de uma visão estreita, de um ponto de referência único, desprezando todos aqueles eventos que estão fora desse modelo ideal a ser seguido. E quando algo não ocorre de acordo com o esperado culpamos a situação ou criamos uma narrativa para justificá-la, mas nunca atribuímos a nós mesmos os erros pela falha. Por outro lado quando a situação acontece como planejada nos auto intitulamos os melhores, com um auto grau de compreensão.

A falha de previsão, portanto, expõe alguns vícios fáceis de perceber mas extremamente difíceis de serem evitados. Não acreditamos que o fracasso seja resultado de uma percepção distorcida, assim como pensamos que é impossível uma previsão acertada não ser fruto das próprias habilidades. Cada indivíduo acredita ser um pouco único e, como consequência subestima os erros alheios como se estes fossem resultado de causas externas e não de nossa limitada capacidade mental.

A proposta em relação à arrogância epistêmica, novamente se pendente para a introspecção. Nesse caso, haveria uma substituição dessa arrogância pela humildade epistêmica, ou o que Taleb chama de epistemocracia. Aqui, a superioridade de conhecimento é substituída pela consciência da própria ignorância, das limitações da racionalidade e, sobretudo da falibilidade humana.

Não estaríamos desprovidos de confiança, apenas conscientes de que por trás de um passado que visualizamos existe um outro passado, e esse não é lembrado quando pensamos a respeito do futuro. É imprescindível inverter a lógica, nosso cérebro é programado para pensarmos em sequência, do passado para o presente, seguindo prontamente aquilo que melhor se encaixa nos fatos. A narrativa quando feita do presente em relação ao passado pode revelar muitas outras possibilidades não observadas.

A predição é algo inerente ao ser humano, não conseguimos nos abster de assumir riscos, tomar decisões e fazer julgamentos em relação aquilo que desconhecemos. E isso não é errado, a questão importante é que em certas situações fazer previsões pode ser desnecessário e prejudicial, essas situações geralmente são aquelas em que os riscos são maiores, é preciso saber evitá-los, uma vez que o dano quase sempre é iminente.

A ideia de antifragilidade, proposta por Taleb, no livro *Antifragil: coisas que se beneficiam com o caos*, sugere que, na impossibilidade de prevermos eventos futuros e incertos, sobretudo, aqueles extremos, a solução é estar preparado para esses eventos e mais

ainda, agir de forma a se beneficiar com o imprevisível. A via negativa nos coloca em uma situação oposta àquela que estamos acostumados. Ao invés de elaborarmos histórias que confirmem nossas expectativas, esse método sugere remover aquilo que acreditamos estar errado. O foco é naquilo que deve ser evitado, no que não se deve fazer.

O conhecimento por meio da subtração dos erros torna o ser humano mais preparado, e principalmente mais forte. Procurar alternativas que confirmem nossas expectativas é equivalente a estar preparado para um futuro eminentemente frágil em que as possibilidades não passam de especulações. É muito mais oportuno refutar uma confirmação do que atribuir milhares de fatos capazes de confirmá-la. É preferível, portanto, remover o que é frágil ao invés de simplesmente adicionar coisas ingenuamente. A desconfirmação é mais exata do que a confirmação.¹⁹

O filósofo Lúcio Aneu Sêneca (Córdoba, 4 a.C. — Roma, 65) foi um dos maiores divulgadores do estoicismo. Essa doutrina filosófica fundada por Zenão de Cítio (340 - 264 a.C.) tem como fundamento principal o desprezo pelas coisas materiais e morais, bem como uma indiferença pelo destino. Seu objetivo é a virtude e para isso é necessário evitar a compaixão, dado que ela distorce a realidade nos levando para situações inúteis, e aceitar as adversidades.²⁰

O estoicismo de Sêneca preconiza o controle sobre as emoções como forma de prepará-las para situações adversas. Em geral existe uma assimetria entre benefícios e danos, quanto maior é a riqueza de um indivíduo mais frágil ele tende a ser, pois o apego a esses bens materiais, assim como o medo de vir a perdê-los supera todas as vantagens de tamanha fortuna.

O controle das emoções tem como pressuposto não a sua total eliminação, mas um exercício mental. Segundo esse método o erro é transformado em prudência e o sofrimento em informação. O ponto principal, ensinado pelo estoicismo se refere não a possibilidade de prever uma situação, uma vez que não somos bons nisso, mas a capacidade de prevermos quais situações podem ter como resultado graves danos ou irreversíveis arrependimentos. Preservar as vantagens e eliminar as desvantagens não representa na essência o que Sêneca pregava mas demonstra na sua forma mais pura o que é a antifrágilidade.²¹

¹⁹ TALEB, Nassim Nicholas. *Antifrágil: coisas que se beneficiam com o caos*. Trad. Eduardo Rieche. Rio de Janeiro: Best Seller, 2014, p.386.

²⁰ ROSINA, Dhênis. *Corpo e Educação: o diálogo entre as concepções de Epicuro, Sêneca e Santo Agostinho*. disponível em <http://www.ppe.uem.br/dissertacoes/2008_dhenis.pdf>. Acesso em 02 de outubro de 2014.

²¹ TALEB, 2014, p.206.

1.3 Sistemas de Decisão: S1 e S2

Quando discorremos sobre os Sistemas S1 e S2, sobre as dificuldades do ser humano em tomar decisões e fazer julgamentos, tanto em relação ao passado como em função do futuro, assim como todas as limitações acerca da interação desconecta entre o que ocorre no cérebro e como esse conhecimento é convertido para a realidade e vice-versa, nos referimos a todas as pessoas, sem distinção.

O objetivo seguinte é examinar a questão referente à influência dos comportamentos mentais na tomada de decisão judicial, ou seja, deslocar os ensinamentos da Psicologia Cognitiva para o campo do Direito Penal e Processual Penal.

Quando se analisa a tomada de decisão judicial a primeira indagação se remete aos elementos formadores de um julgamento. O juiz, ao proferir uma sentença o faz de forma automática, involuntária, rápida e emotiva ou se utiliza da racionalidade, do pensamento consciente e de questionamentos demorados e desgastantes? E, da mesma forma, tem o magistrado a consciência e percepção clara de quais comportamentos mentais de fato está utilizando em suas decisões?

Segundo a teoria formalista, o direito se apresenta como uma ciência determinada, imutável, fixa e insuscetível de qualquer subjetividade por parte do julgador. A decisão está diretamente ligada ao fato concreto e sua correspondente formalidade legal, ao juiz basta apenas seguir aquilo que a lei dispõe, aqui a subjetividade é justificada pela uniformidade do preceito legal. Nesse sentido a decisão é essencialmente fruto das normas.²²

A teoria realista norte-americana, ao contrário interpreta o direito como uma ciência indeterminada, passível de interpretações, que vai além do próprio ordenamento jurídico e cuja decisão está alicerçada por vezes em fatores estranhos ao direito. Segundo essa teoria a decisão está ancorada em fatos concretos indeterminados, isto é, não existe necessariamente uma relação direta com as normas jurídicas. O questionamento está precisamente em compreender quais são os fatores responsáveis que influenciam a decisão judicial.²³

Para Jerome Frank (1889-1957) a decisão judicial não passa de uma consequência da intuição do magistrado. E a sentença representa não mais do que o resultado de uma percepção concebida automaticamente no momento inicial à exposição dos fatos. E acrescenta que, embora o juiz elabore sua concepção acerca dos fatos com base na legislação, há ainda,

²² STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, p.408-409.

²³ BRANDO, Marcelo Santini. *Como Decidem os Juízes*. disponível em <http://www.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/1112604_2013_pretextual.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2014, p. 21.

outros estímulos externos ao próprio direito que sequer são percebidos mas que apresentam uma influência fundamental na tomada de decisão. E esses estímulos estão diretamente ligados ao próprio grau de formação do magistrado. Embora os juízes não percebam, as decisões que sustentam são consequências diretas de traços de personalidade característicos de cada um.

Como consequência, a teoria realista defende basicamente duas premissas. A primeira sugere que o juiz apresenta uma visão automaticamente pré-concebida dos fatos antes mesmo de entrar em contato com a legislação pertinente. E diante da indeterminação inerente ao direito, o segundo pressuposto conduz o magistrado a uma infinidade de argumentos, sugerindo uma certa facilidade na tomada de decisão.

Embora a teoria realista tenha avançado no estudo da tomada de decisão, sua tese apresenta algumas falhas. Na obra *O Conceito de Direito*, Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) argumenta que, embora por vezes a linguagem produza um padrão de conduta suficientemente capaz de ser aplicado e compreendido existe um momento em que esse padrão não mais será suscetível de responder automaticamente a uma questão, ainda que em outro contexto a mesma linguagem seja suficiente.²⁴

Essa limitação da linguagem gerada pela obscuridade da própria regra jurídica não foi visualizada pelos defensores da teoria realista, que simplesmente atribuíam esse fato a complexidade das leis. Para Hart, porém, é necessariamente essa complexidade e obscuridade que torna a mera utilização da lei algo limitado, pois a solução está além do texto legal.²⁵

Existe, entretanto, uma concordância entre o pensamento da teoria realista e as ideias defendidas por Hart. Quando os julgamentos se referem a casos de fácil solução, a mera aplicação da norma resulta em uma conduta já aceita pela sociedade, ou seja, aqui haveria um padrão de comportamento a ser seguido, cujo embasamento definido pelo juiz estaria simplesmente de acordo com aquilo que se espera para tal caso.

O problema principal se encontra nos casos em que a tomada de decisão envolve julgamentos cuja solução vai além da simples aplicação do direito, a norma não é clara o bastante. Aqui não existe um padrão aceito e entendido pela ampla maioria. Há divergências tanto em relação ao caso a ser analisado quanto a própria postura a ser seguida pelo juiz. O embasamento legal não se restringe a norma, sendo necessária uma certa discricionariedade para além do direito, por parte do magistrado.

²⁴ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.161-169.

²⁵ BRANDO, 2013, p.27-30.

Quando a tomada de decisão envolve casos de difícil solução, cuja resposta não se encontra claramente nos textos legais é inevitável a busca pelo juiz de uma concepção de caráter moral, ou seja, nesses casos quase nunca a solução está embasada em percepções conscientes. Duas importantes teorias, oriundas da psicologia, aplicam-se ao julgamento moral: a teoria cognitivo-desenvolvimentista, defendida por Lawrence Kohlberg, cuja influência resultou dos estudos propostos por Jean Piaget e a teoria sócio-intuicionista de Jonathan Haidt.²⁶

Jean Piaget (1896-1980) foi um importante especialista da Psicologia Evolutiva e da Epistemologia Genética. Seus estudos forneceram diversas informações revolucionárias no que concerne ao aprendizado. O método proposto por Piaget encerrava o propósito de responder qual a origem do conhecimento.

O procedimento consistia em questionar crianças acerca do meio em que viviam, isentando-se de interferir nas respostas obtidas. Como resultado desse experimento Piaget concluiu que em cada indivíduo existe um desenvolvimento cognitivo que, necessariamente passa por estágios e, essa sequência de estágios, por sua vez é predeterminada e universal. Ao longo dessa sequência de estágios, o ser humano adquire habilidades e essas aumentam conforme o estágio seguinte se inicia, tendo como influência direta o meio em que vive.²⁷

A ideia do psicólogo norte-americano Lawrence Kohlberg (1927-1987) é mais aprofundada em relação ao método proposto por Jean Piaget. Para Kohlberg, de fato o ser humano apresenta níveis de estágios, no qual o conhecimento é formado. Entretanto, cada uma dessas etapas do desenvolvimento humano guarda uma condição necessária, isto é, para cada estágio existe um padrão de pensamento esperado.²⁸

Ainda conforme Kohlberg, há uma relação de hierarquia entre esses estágios, da mesma forma que não há como retornar ao estágio anterior, existe uma sequência invariável. O que ocorre é uma integração daquele conhecimento adquirido na etapa anterior de aprendizado. Consequentemente a cada novo estágio o conhecimento adquirido abrange o pensamento antecedente.

Embora as teorias de Jean Piaget e Lawrence Kohlberg tenham avançado substancialmente no estudo da origem do desenvolvimento cognitivo e moral, respectivamente, ambas negligenciaram a relação entre o pensamento intuitivo e o julgamento moral consciente.

²⁶ BRANDO, 2013, p.43.

²⁷ BRANDO, 2013, p.44-46.

²⁸ BRANDO, 2013, p.46-49.

A teoria sócio-intuicionista, neste caso, avançou em relação ao estudo cognitivo-desenvolvimentista, ao acrescentar ao julgamento moral processos mentais automáticos, ou seja, inconscientes, até então não compreendidos pelos estudos de Kohlberg e Piaget. O modelo proposto por Haidt sugere que a maior parte dos julgamentos feitos diariamente é resultado de um processo automático e inconsciente de nosso cérebro. A consequência para esse fato é interessante, pois enquanto a decisão é tomada de forma rápida e involuntária a explicação para os motivos que levaram a tal decisão são concebidas racionalmente pelo indivíduo. Isto significa que por vezes tentamos atribuir racionalmente uma resposta para uma decisão na qual nossa consciência não nos oferece acesso ilimitado.²⁹

Uma característica interessante observada por Haidt e que não rejeita completamente a teoria de Kohlberg está na evolução da própria capacidade intuitiva. Como a variabilidade da percepção em crianças praticamente não se altera é possível que a intuição inicialmente desenvolvida permaneça por toda a vida do indivíduo. Com isso alguns padrões de conduta estariam presentes desde o princípio do desenvolvimento pessoal como uma forma de instinto natural de defesa. Nesse sentido é possível demonstrar o porque da ausência de uma justificativa plausível para alguns julgamentos. Eles simplesmente resultam de uma intuição desenvolvida ao longo da vida e que automaticamente é revivida quando uma situação semelhante se apresenta.³⁰

É imprescindível, entretanto, a intuição diante de uma tomada de decisão difícil. O ser humano na maior parte do tempo é guiado mais pela emoção do que pela razão, seu posicionamento é resultado do inconsciente e caso não houvesse essa atitude, isto é, uma decisão tomada apenas com base em um comportamento mental desprovido de emoções o resultado seria uma conduta antissocial, por vezes própria de um psicopata.³¹

A partir dessas premissas é possível apresentar duas questões em relação a tomada de decisão por parte do julgador. É fato que o juiz sempre foi visto como uma figura de capacidade ilimitada, envolto em um poder supremo, quase divino, cujas decisões emanam apenas de sua inabalável racionalidade. Entretanto, estudos e testes realizados por psicólogos das ciências cognitivas demonstraram que o ser humano não toma decisões e faz julgamentos apenas por meio de emoções ou pela razão presentes no seu consciente.

Ao contrário, as decisões humanas vão muito além daquilo que percebemos ou visualizamos ao nosso redor. Nosso inconsciente atua sobre aquilo que diariamente

²⁹ BRANDO, 2013, p.56.

³⁰ BRANDO, 2013, p.58-62.

³¹ BRANDO, 2013, p.70.

decidimos, muito mais do que podemos apreender. Consequentemente é possível atribuir a maior parte dos julgamentos a dois sistemas de decisão S1 e S2.

O Sistema S1 representa um conjunto de subsistemas que funcionam de forma autônoma. O instinto e a intuição fazem parte desse sistema que opera de modo automático, rápido, sem esforço e sem controle cognitivo.³² Todo o processo de captação das percepções externas é realizado pelo inconsciente, sendo consciente apenas o resultado final do Sistema S1.

O outro mecanismo responsável pela tomada de decisão é o Sistema S2. Através desse pensamento os julgamentos estão envoltos em uma atividade mental complexa, que exige esforço, concentração e tempo.³³ Enquanto o Sistema S1 representa uma interação entre as pessoas e os animais, pois ambos partilham desse conhecimento cognitivo, sobretudo, como auto defesa, o Sistema S2 é uma característica exclusiva dos seres humanos.³⁴

Nossa capacidade de predizer o futuro e acreditar que este é mais visível e compreensível do que realmente é também representa um traço do Sistema S2, que atua baseado em uma lógica abstrato-hipotética. O fato de o Sistema S2 ser resultado de uma evolução apenas em humanos se refere a sua própria característica, como um sistema lento, no qual uma grande energia é despendida quando entra em ação, sendo, portanto, evitado na maior parte do tempo.

Assim como esses dois sistemas agem em todas as pessoas também os juízes são conduzidos, ao julgar uma decisão, ora pelo Sistema S1 ora pelo Sistema S2. Como o Sistema S1 é rápido e automático, quando o problema se refere a casos de fácil solução a intuição é capaz de responder apenas com base naquilo que a lei sustenta.

Nos casos difíceis, entretanto, as informações disponíveis raramente se mostram suficientes, pois a complexidade do caso exige um esforço deliberado, cujos critérios na maioria das vezes não está presente no ordenamento jurídico mas no âmbito extralegal.³⁵ Nessa situação um impasse pode ser percebido quando uma questão complexa é simplificada, isto é, quando os mecanismos de atalho, chamados por Daniel Kahneman de heurísticas são substituídos.³⁶

A imposição constitucional (art. 93, IX, CRFB/1988) para justificar as decisões judiciais é outro ponto no qual o magistrado está suscetível a cometer vieses e heurísticas.

³² MORAIS DA ROSA, 2014, p.83.

³³ MORAIS DA ROSA, 2014, p.83.

³⁴ BRANDO, 2013, p.77.

³⁵ BRANDO, 2013, p.81.

³⁶ MORAIS DA ROSA, 2014, p.81.

Quando forçado a fundamentar suas alegações com base na insuficiência da regra jurídica disponível é provável que o caminho mais curto e menos deliberado seja o escolhido. Quanto mais familiarizado com o caso em análise maior é a probabilidade de o juiz decidir com base apenas no padrão elaborado por seu intuitivo Sistema S1. E nessa situação é muito provável que o Sistema S2 endosse a tarefa especializada pelo Sistema S1.³⁷

Uma comprovação interessante, resultado de pesquisas com voluntários revelou que as decisões quando tomadas com base no raciocínio consciente são elaboradas mais com o intuito de persuadir do que para comprovar a verdade dos fatos. Em situações nas quais o indivíduo sabe que deve explicar o porque de sua decisão é comprovado que sua resposta tende a ser mais sistemática e autocrítica. Esse viés confirmatório, isto é, a busca por elementos que confirmem os anseios mais aceitos pela sociedade em geral, não representa mais do que o acolhimento do Sistema S2 em relação a proposta feita pelo Sistema S1.³⁸

O viés confirmatório é resultado do Sistema S1, portanto, involuntário. Existem duas premissas aceitas para justificar qual a razão das pessoas utilizarem esse argumento, sobretudo, em decisões de complexa resolução. O primeiro fundamento afirma que a motivação é o fator determinante para o viés da confirmação, pois somos inclinados a confirmar um fato de acordo com nossas preferências, induzindo o Sistema S2 a projetar crenças em torno dessa predileção.³⁹

O segundo argumento utilizado para comprovar nossa propensão pelo viés confirmatório alude a uma falha cognitiva, isto é, um defeito no raciocínio. Tanto a motivação quanto a falha de raciocínio estão presentes na incorporação de um viés confirmatório. A primeira serve como um impulso para que a decisão seja resultado daquilo que se deseja, enquanto a falha no raciocínio, como o próprio nome propõe, apenas é induzida a admitir o que a motivação impôs.⁴⁰

Uma terceira proposição para explicar nossa inclinação para confirmar um fato de acordo com o mais aceitável, segundo nossas próprias convicções, se refere a predisposição humana em comprovar apenas uma hipótese de cada vez. Não somos capazes de aceitar duas possibilidades simultaneamente. Mesmo que diversas suposições sejam apresentadas é presumível que nos fixemos naquelas que não apenas sejam as mais plausíveis mas também confirmem as crenças já existentes, ainda que se repute falsas.⁴¹

³⁷ MORAIS DA ROSA, 2014, p. 84.

³⁸ BRANDO, 2013, p. 83.

³⁹ BRANDO, 2013, p. 87.

⁴⁰ BRANDO, 2013, p. 87.

⁴¹ BRANDO, 2013, p. 88.

Os processos mentais oriundos da Psicologia Cognitiva, portanto, são fatores fundamentais quando se pretende buscar a explicação para uma decisão judicial. O julgamento, inicialmente formulado de forma rápida e involuntária é guiado por uma falha de raciocínio ou mesmo por uma motivação, resultando em uma decisão embasada apenas naquilo que confirma a pretensão do magistrado. E, a partir do momento em que essa decisão encontra um fundamento que a justifique, automaticamente cessa a busca por novas informações capazes de sustentar a tese defendida.

Da mesma forma, os julgamentos sustentados pelos magistrados estão propensos à influência do chamado raciocínio *post hoc*. Segundo este recurso a decisão está pautada não em dispositivos legais mas em fatores estranhos, externos e juridicamente irrelevantes como cheiro, odor, aparência, ou mesmo o modo como se pronuncia algo. E dentre essas diversas causas é muito provável que a justificativa por vezes seja resultado de uma deliberação do inconsciente.⁴²

Finalizando o primeiro capítulo desta monografia é possível constatar como os comportamentos mentais estão presentes e influenciam diretamente na tomada de decisão por parte de julgador. Vimos, por intermédio do pensamento de Daniel Kahneman que existem dois sistemas de processamento mental. O Sistema S1, responsável pelas decisões rápidas, involuntárias, inconscientes, sem nenhum esforço, e o Sistema S2, racional, consciente, deliberativo e lento, estando na maior parte do tempo desativado, apenas aceitando as decisões propostas pelo Sistema S1.

Da mesma forma, analisamos os diversos comportamentos decorrentes do Sistema S1, tais como a confiança excessiva na intuição, que pode resultar em heurísticas, isto é, na substituição de uma questão difícil por uma mais compreensível, bem como em vieses (erros) de julgamento. A ilusão cognitiva, responsável pela formação de imagens distorcidas no cérebro, e a lei do menor esforço, em que o mesmo objetivo é alcançado pelo modo menos exigente.

O esgotamento do ego, causado pelo excessivo esforço empreendido em uma tarefa anterior. A ativação associativa, na qual ideias de um fato ativam outras ideias relacionadas. O efeito de *priming*, que pode provocar mudanças de emoção pela simples exposição a um fato relacionado e, por fim o conforto cognitivo, que traz a sensação de familiaridade a uma situação e, com isso diminui o grau de atenção.

Na sequência foram examinadas várias concepções relativas a ideia de incerteza na tomada de decisão. Nesse sentido, o pensamento de Nassim Nicholas Taleb foi de extrema

⁴² BRANDO, 2013, p.91-96.

importância, pois explorou conceitos como a falácia da narrativa, na qual somos predispostos a criar histórias para explicar fatos. O platonismo, que se reporta a imutabilidade das ideias, tornando o mundo menos aleatório e mais visível do que realmente é, resultando em uma ilusão de compreensão.

O empirismo ingênuo, no qual atribuímos respostas de situações habituais a eventos desconhecidos. A distorção da evidência silenciosa, importante conceito que parte do pressuposto de que o que vemos não é necessariamente tudo o que está lá. Taleb contribuiu ainda com o conceito de arrogância epistêmica, método pelo qual somos inclinados a elaborar projeções a partir de uma visão estreita, ignorando todas as informações que não façam parte desse modelo ideal.

Na terceira e última parte deste primeiro capítulo a abordagem em relação aos sistemas de decisão S1 e S2 foi direcionada para o campo do Direito Penal e Processual Penal, na tentativa de definir qual é o fundamento decorrente da tomada de decisão judicial. A análise foi direcionada para as principais teorias relativas a tomada de decisão judicial. A hipótese formalista foi apresentada como imutável e defensora de um direito determinado cuja decisão por parte do juiz tem como fundamento único a regra jurídica.

Em seguida foi exposta a concepção defendida pela teoria realista norte-americana. Aqui o direito é indeterminado e ao juiz cabe decidir com base em uma ampla gama de argumentos por vezes externos ao direito. Como consequência dessa premissa, a decisão é tomada com base na intuição do julgador, que varia conforme a personalidade de cada um.

Em seguida foram exploradas as falhas, ao menos em parte, da teoria realista. Nos julgamentos de alta complexidade a busca por uma solução apenas no ordenamento jurídico não é suficiente. Aqui um aspecto de caráter moral e inconsciente prevalece na tomada de decisão. Finalmente, com esse entendimento é possível assegurar que os sistemas de decisão S1 e S2 são fundamentais para a tomada de decisão judicial, especialmente nos casos de difícil solução.

2 TEORIA DA DECISÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

2.1 Teoria da Decisão no Crime

Após a exploração dos comportamentos mentais presentes na tomada de decisão judicial, o próximo objetivo desta monografia será a investigação da importância da motivação nos julgamentos relativamente ao Direito Penal e Processual Penal, bem como a perspectiva de alguns doutrinadores acerca do dever legal de fundamentar essas decisões.

É indispensável, a princípio, destacar a distinção existente entre os conceitos de decisão judicial e motivação. A decisão compreende uma etapa inicial do raciocínio sobre o fato, composto tanto de elementos jurídicos, tais como legislação, jurisprudência e doutrina quanto de elementos extrajurídicos, aqui presentes juízos morais, ideológicos ou mesmo políticos.⁴³

A motivação, por sua vez, corresponde a uma tentativa de legitimar essa decisão inicial, ou seja, representa uma segunda etapa do raciocínio em relação ao fato com o intuito de validar a escolha inicialmente feita. Constitui, a motivação, portanto, uma justificativa dos motivos decorrentes de determinada decisão e expressa, sobretudo, a justiça e a racionalidade do julgamento. Como consequência, é possível estabelecer três modelos de racionalidade aptos a justificar uma decisão judicial.⁴⁴

O primeiro modelo é o dedutivo. Seu método tem como base o *silogismo judicial*, que corresponde a um mecanismo lógico perfeito, no qual o juiz deve aplicar a lei seguindo exatamente o que está escrito, da maneira mais mecânica possível. A decisão surge como resultado de três hipóteses. A premissa maior, representada pela legislação pertinente ao caso, a premissa menor decorrente dos fatos apurados através das provas produzidas e a conclusão deduzida a partir destas duas premissas. Este modelo, embora, seja o mais propagado entre os demais, não é passível de acolhimento, pois sua atenção se inclina apenas a confirmar as escolhas resultantes das premissas, despendendo ao processo uma preocupação supérflua, desprovida de qualquer análise minuciosa.⁴⁵

O segundo modelo é o indutivo e, ao contrário do método dedutivo, defende a negação do silogismo como argumento capaz de justificar racionalmente uma decisão judicial. O

⁴³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.110.

⁴⁴ GOMES FILHO, 2001, p.110.

⁴⁵ HARTMANN, Érica de Oliveira. *A Motivação das Decisões Penais e a Garantia do Artigo 93, IX, da Constituição da República*. disponível em <ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/download/1765/1462> Acesso em 19 de outubro de 2014, p.134

argumento indutivo defende a importância de investigar o caso concreto fundamentado principalmente nas particularidades de cada situação. Neste sentido, a decisão do magistrado não estará amparada nas alegações do legislador mas no exame de cada caso concreto em particular. O problema do método indutivo se reporta a sua conclusão, uma vez que partindo dos dados particulares do caso concreto, uma verdade geral é estabelecida e essa verdade, por vezes não abrange todas as particularidades examinadas. O juiz decide conforme sua conveniência.⁴⁶

O terceiro e último modelo de justificação da decisão judicial é o retórico. Igualmente contrário ao método dedutivo o argumento retórico nega o silogismo como proposta para uma decisão judicial racionalmente motivada. Entretanto, apesar da concordância no que concerne a negação do silogismo, o método retórico, da mesma forma, não abrange o modelo intuitivo em sua proposta. Aqui, a decisão deve necessariamente ser justificada por argumentos racionalmente válidos e passíveis de controle.⁴⁷

Na atualidade o modelo de decisão racionalmente válido se pauta, sobretudo, no famigerado princípio da verdade real. É possível através de uma averiguação, ainda que pontual, por alguns "*Manuais de Direito Processual Penal* brasileiros"⁴⁸ observar essa prevalência e obsessão tanto por parte dos magistrados quanto por aqueles que interpretam o próprio ato de decidir.

Para o jurista Fernando Capez "o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade não se conformando com a verdade formal constante dos autos".⁴⁹ Sob o título de "Princípios informadores do processo penal"⁵⁰ a alegação concernente a verdade real comporta em seu fundamento uma discricionariedade de caráter pessoal do julgador, uma vez que este ao atuar consoante este preceito será o responsável não apenas pela prolação da sentença mas igualmente por investigar as provas, incluindo mesmo a fase pré processual, conforme sua consciência e racionalidade lhe remetam especificamente a prova da culpa do réu.

Seguindo o mesmo entendimento, próprio da Filosofia da Consciência, Guilherme de Souza Nucci declara a respeito que "o princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é

⁴⁶ HARTMANN, 2005, p.135.

⁴⁷ HARTMANN, 2005, p.136.

⁴⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro:Lumen Juris: 2006, p.171.

⁴⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.75.

⁵⁰ CAPEZ, 2012, p.75.

apresentado, simplesmente".⁵¹ Para Nucci, no momento em que o juiz idealiza sua fundamentação a verdade real deve prevalecer, dado ser o mecanismo de justificação que mais se aproxima da realidade dos fatos.⁵² Seguindo a proposta modernamente idealizada e seduzido pelos encantos da metafísica Nucci acrescenta

[...] falar em verdade real implica provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade. Afinal, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu.⁵³

Neste contexto a verdade se apresenta como uma garantia dos direitos fundamentais assim como pela proteção da coletividade. Sua perquirição pelo magistrado, entretanto, menospreza o devido processo legal, dado que é defeso ao juiz uma fundamentação pautada na discricionariedade. Essa alegação de que a verdade dos fatos corresponde a verdade mais próxima do que efetivamente aconteceu não merece resguardo, pois em nome dessa segurança ilusória retira do acusado principalmente o direito de defesa, alicerçado no princípio do contraditório.

Na mesma linha Fernando da Costa Tourinho Filho declara que "[...] no Processo Penal, tal qual está no nosso ordenamento, o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade [...] para dar base certa à justiça.⁵⁴ E, ao fazer uma análise comparativa com o Direito Processual Civil aduz "No Processo Penal, cremos, o fenômeno é inverso: excepcionalmente o Juiz penal se curva à verdade formal, não dispondo de meios para assegurar o império da verdade".⁵⁵

Estes poucos exemplos apresentados demonstram a precariedade dos métodos de julgamento racional em que se pauta o magistrado. A capacidade de raciocínio quando desprovida de qualquer subjetividade se torna superficial. Nosso conhecimento a respeito dos fatos é naturalmente limitado, não temos acesso a completude das informações adquiridas, característica essa inerente a todo ser humano. Como consequência, a racionalidade tende a ser incompleta, resultado de uma análise seletiva dos fatos.

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.112.

⁵² NUCCI, 2011, p.114.

⁵³ NUCCI, 2011, p.112.

⁵⁴ TOURINHO FILHO. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.59.

⁵⁵ TOURINHO FILHO, 2010, p.59.

A indagação pertinente a análise da racionalidade no julgamento ultrapassa a aplicação pura e simples da legislação. Existe uma complexidade maior que transcende a própria capacidade de prever acontecimentos futuros. Tal qual nosso acesso as informações presentes no cérebro, também as leis são incompletas dado que pretendem regular uma realidade que é sempre imprevisível e relativa.⁵⁶

A fundamentação, deste modo, alicerçada na motivação como justificativa para uma decisão judicial não objetiva eximir o magistrado de um juízo valorativo. Antes o que se pretende evitar são decisões fundadas em impressões pessoais, na manipulação dos fatos de acordo com os próprios interesses.

O distúrbio ocasionado por uma decisão racionalmente justificada, porém desprovida de qualquer emoção retira da sentença aquilo que é próprio de sua essência, pois esta quando elaborada não representa apenas a lei imposta, ao contrário é uma obra humana, impregnada de valores e ideologias. Não existe a possibilidade de um julgamento isento de compreensão, através desta o juiz como um "ser-no-mundo"⁵⁷ conecta toda a complexidade de fatores subjetivos, como estigmas e preconceitos a sua própria percepção de mundo.⁵⁸ Nas palavras do jurista italiano Francesco Carnelutti

Como pode fazer o juiz ser melhor daquilo que é? A única via que lhe é aberta a tal fim é aquela de sentir a sua miséria: precisa sentir-se pequeno para ser grande. Precisa forjar-se uma alma de criança para poder entrar no reino dos céus. Precisa a cada dia mais recuperar o dom da maravilha. Precisa, cada manhã, assistir com a mais profunda emoção ao surgir do sol e, cada tarde, ao seu ocaso. Precisa, cada noite, sentir-se humilhado ante a infinita beleza do céu estrelado. Precisa cair de joelhos frente a cada manifestação desse indecifrável prodígio, que é a vida.⁵⁹

A inquietação concernente a presença da subjetividade na tomada de decisão judicial recai, sobretudo, ao chamado dualismo cartesiano. Conforme o nome sugere, René Descartes (1596-1650) foi o principal defensor desta concepção filosófica de mundo que defende a separação entre mente, cérebro e corpo, reforçando o "Penso, logo existo".⁶⁰ Essas realidades opostas, segundo seu entendimento, consistiriam em dois mundos irreduzíveis e insuscetíveis

⁵⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional – Vol. II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.363.

⁵⁷ MORAIS DA ROSA, 2011, p.190.

⁵⁸ LOPES JR., 2011, p.364.

⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Tradução de José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995, p.34-35.

⁶⁰ DAMÁSIO, Antonio. *O Erro de Descartes*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p.280.

de se tornarem um só elemento. Neste sentido, a racionalidade e o pensamento consciente estariam hierarquicamente acima das emoções.⁶¹

O dualismo cartesiano, entretanto, falha em relação a sua concepção, dado que quando propõe um ato de julgar no qual mente e corpo trabalham sem qualquer conexão a realidade deixa de ser compreendida como um todo e as decisões se limitam a explicações mecânicas e simplificadas. Para Descartes, as ideias são confusas e somente a razão está apta a nos proporcionar certeza e, deste modo, nos conduzir ao entendimento da realidade.⁶²

Na extremidade oposta ao dualismo cartesiano está o decisionismo jurídico de Carl Schmitt (1888-1985). Segundo esta teoria a fonte última do direito é a decisão soberana do juiz, ou seja, a interpretação das normas e leis retrata não mais do que a vontade discricionária daquele que conserva o poder de decidir. Aqui, o direito é a lei e esta é o que a autoridade competente para julgar decide como tal.⁶³

A proposta, desta forma, está situada, precisamente, na busca por um equilíbrio entre estes dois extremos. Unicamente a razão não encerra a faculdade de solucionar toda a complexidade evidenciada pelo ordenamento jurídico. Do mesmo modo, consagrar exclusivamente a subjetividade na tomada de decisões conduz o julgador a infinitas possibilidades de convencimento, importando isto em julgamentos arbitrários, radicais, controvertidos e passíveis da mais ampla autonomia de escolhas. Conforme assevera Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

a norma é produto da interpretação do intérprete [...] a norma criada, porém, não pode dizer qualquer coisa, *quicá* em uma bela conclusão metafísica. Há, todavia, de se ter um marco onde a assertiva não seja tão só retórica [...]. Neste sentido, a subjetividade opera como um caminho para à democratização do ato decisório.⁶⁴

Isto não significa retirar toda a objetividade da decisão mas simplesmente reconhecer a importância e a influência do inconsciente como fator necessário para um julgamento legítimo. É imprescindível não esquecer que a consciência plena é ilusória.⁶⁵

A negação ao decisionismo se reporta precisamente a não observância restrita das regras do devido processo legal. Conforme aduz Lopes Jr

⁶¹ LOPES JR., 2011, p.363.

⁶² DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Trad. Elza Moreira Marcelina. São Paulo: Abril, 1973, p. 22.

⁶³ SILVA, Frederico Silveira e. *O Decisionismo de Carl Schmitt e sua Relação com a Discricionariedade e a Medida Provisória*. disponível em <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/945/1118>> Acesso em 20 de outubro de 2014.

⁶⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Dogmática Crítica e Limites Linguísticos da Lei*. In: Diálogos Constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.225-232.

⁶⁵ LOPES JR., 2011, p.369.

Somente está legitimado o convencimento judicial formado a partir do que está e ingressou legalmente no processo [...] (vedando-se, por primário, as provas ilícitas contra o réu e coisas do gênero), regido pelo sistema acusatório, devidamente evidenciado pela motivação da sentença (para permitir o controle pela via recursal).⁶⁶

Uma importante contribuição pertinente a complexa questão envolvendo a imparcialidade do juiz no Direito Processual Penal, é exposta pelo jurista alemão Bernd Schünemann que discute a chamada Teoria da Dissonância Cognitiva. Através dos conceitos abrangidos por este princípio, que se desenvolveu na Psicologia Social, Schünemann esclarece e torna mais compreensíveis alguns problemas recorrentes da tomada de decisão judicial.⁶⁷

A dissonância cognitiva surge quando um indivíduo é submetido a duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas e incompatíveis entre si, resultando em um desconforto mental. No intento de equilibrar o sistema cognitivo bem como reduzir o incomodo e estresse gerados, o indivíduo tende a acrescentar elementos de consonância, isto é, seu cérebro formula crenças e pensamentos capazes de diminuir as incoerências existentes entre o conhecimento e a opinião. Este recurso nada mais representa do que um mecanismo de defesa do ego cujo intuito é eliminar as contradições cognitivas.⁶⁸

No campo do Direito Processual Penal esta teoria é de extrema importância, conquanto, desde o momento em que o magistrado recebe a acusação até sua decisão final questões completamente antagônicas estarão presentes, de um lado a tese da defesa do outro os argumentos da acusação. E esse antagonismo subsistirá até o instante da prolação da sentença, ocasião em que o julgamento inevitavelmente manifestar-se-á desfavorável frente a uma das partes.

Segundo Schünemann, julgamentos pré-concebidos são inevitáveis.⁶⁹ O juiz ao se deparar com os autos de inquérito policial e com a denúncia automaticamente idealiza uma imagem acerca dos fatos e a medida que suas suposições são confirmadas a tendência é superestimá-las. Em contrapartida, aquelas informações contrárias as suas aspirações, ou seja, as opiniões dissonantes, estas são desconsideradas.

Como resultado do empreendimento em reduzir o desconforto mental provocado pelo antagonismo das informações recebidas, dois efeitos da dissonância cognitiva podem ser mencionados. O primeiro mecanismo sugere uma autoconfirmação das suposições

⁶⁶ LOPES JR., 2011, p.369.

⁶⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. disponível em <http://www.marcialpons.es/static/pdf/9788566722055.pdf>. Acesso em 20 de outubro de 2014.

⁶⁸ SCHÜNEMANN, 2013.

⁶⁹ SCHÜNEMANN, 2013.

inicialmente compreendidas como confirmatórias, ou seja, o magistrado superestima os pressupostos que julga corretos.

No segundo efeito, por sua vez, o juiz se destina a buscar as informações de modo seletivo. Tal como ocorre na falácia da narrativa, anteriormente apresentada, o cérebro se inclina a aceitar como verdadeiras as referências que se mostram conexas aos fatos, ignorando aquele conhecimento mais complexo e gerando um efeito confirmador-tranquilizador.

Pesquisas realizadas por Bernd Schünemann atestaram que quanto maior o grau de conhecimento e envolvimento do julgador com a investigação preliminar bem como com a tese da acusação, tanto maior será sua propensão para condenar o réu. Esta consequência decorre novamente da dissonância cognitiva, uma vez que, após o juiz elaborar mentalmente uma confirmação de suas suposições um equilíbrio cognitivo se estabelecerá, mas será desafiado pelos argumentos antagônicos da defesa, o que conduzirá a uma nova dissonância cognitiva.⁷⁰

O juiz manifestamente deixa de ser julgador para se tornar parte. Sua imparcialidade é corrompida no momento em que decide, com base nos autos de inquérito policial, se aceita ou rejeita a denúncia, de acordo com os fatos que no transcorrer da lide confirmarão suas hipóteses. Sua atenção no decorrer da instrução do processo se volta, não para as informações apresentadas pela defesa mas para aquelas armazenadas, de conteúdo incriminador quando da análise preliminar do caso.

Por conseguinte, a decisão judicial, em grande parte dos processos criminais está fundamentada não em uma motivação imparcial, devidamente confirmada apenas pelas provas e fatos apresentados pelas partes no decorrer do processo de forma a serem apreciados equitativamente, ao contrário decorrem de uma deliberação parcial, ainda que ocasionalmente motivada. Essa justificação, contudo, deriva de um juízo pré-concebido pelo magistrado desde o instante em que seu cérebro se apegue a uma imagem e em torno dela elabora a melhor história possível, plausível o suficiente para condenar o réu e "delegar" à defesa a prova da incorreção da denúncia.

Conforme assevera Luiz Alberto Warat⁷¹, o julgador por vezes ignora seus juízos valorativos em detrimento do imaginário que permeia a atividade que exerce, sobretudo pelo receio de que suas concepções sejam insuscetíveis de aceitação pela sociedade, defendendo, desta forma, decisões que unicamente confirmam o bom senso da maioria, ainda que contrários a sua própria perspectiva e opinião.

⁷⁰ SCHÜNEMANN, 2013.

⁷¹ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito: interpretação da lei*. Porto Alegre: SAFE, 1994, p.60.

Desta forma, a interpretação do direito está sujeita não apenas aos interesses do magistrado mas também da própria comunidade jurídica em geral. Ainda nas palavras de Warat, em relação às práticas interpretativas no direito, estas decorrem de

uma discursividade enganosamente cristalina que escamoteia, em nome da verdade, da segurança e da justiça, a presença subterrânea de uma ‘tecnologia da opressão’ e de uma microfísica conflitiva de ocultamento que vão configurando as relações de poder inscritas no discurso da lei. Mais do que ambíguo ou impreciso, o discurso da lei é enigmático, ele joga, estrategicamente, com os ocultamentos para justificar decisões, disfarçar a partilha do poder social e propagar, dissimuladamente, padrões culpabilizantes.⁷²

Questão igualmente importante alude às reformas pontuais ao sistema processual penal. Longe de representar uma alternativa eficaz, essas mudanças ostentam consigo uma serie de incoerências internas ocasionando uma limitação à prática democrática no Direito Processual Penal. Conforme expõe Fauzi Hassan Choukr em relação a postura complacente da maioria dos operadores do direito diante da atual situação que se observa “esse comodismo nada desejável impedirá a correta verificação dos malefícios da reforma fragmentada, pois seria politicamente inadmissível a reforma para corrigir o erro da reforma”.⁷³

Declara da mesma forma Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁷⁴ que as interpretações antidemocráticas e contrárias a lei permanecerão enquanto persistir a fragmentação legislativa bem como a cultura inquisitória remanescer no imaginário tanto do julgador quanto da sociedade em geral, suprimindo desta forma as garantias processuais.

Como bem assevera o jurista italiano Luigi Ferrajoli, na obra *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal* "o Direito Penal, porquanto circundado por limites e garantias, conserva sempre uma intrínseca brutalidade que torna problemática e incerta sua legitimidade moral e política".⁷⁵ E sustenta, igualmente, que

o poder de punir e de julgar resta, seguramente [...] o mais "terrível" e "odioso" dos poderes: aquele que se exercita de maneira mais violenta e direta sobre as pessoas e no qual se manifesta de forma mais conflitante o relacionamento entre o Estado e o cidadão, entre autoridade e liberdade, entre segurança social e direitos individuais. [...] A principal garantia da racionalidade e da justificação do poder de punir, de proibir e de julgar revelou-se a sua rígida disciplina jurídica, mediante técnicas específicas de limitação e de legitimação legal.⁷⁶

⁷² WARAT, 1994, p.19-20.

⁷³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *As Reformas Pontuais do Código de Processo Penal*. In: CHOUKR, Fauzi Hassan. (Org.) *Estudos do Processo Penal: o mundo à revelia*. Campinas: Agá Júris, 2000, p.110.

⁷⁴ COUTINHO, 2005, p.42

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2010, p.15.

⁷⁶ FERRAJOLI, 2010, p.15.

A fundamentação devidamente motivada das decisões judiciais representa, portanto, não apenas um julgamento isento de arbitrariedades por parte do juiz. Acima disso está o respeito pela liberdade de cada cidadão, o resguardo de suas garantias constitucionais, dentre tantas, o princípio do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade e da legalidade. Seguindo o utilitarismo garantista de Ferrajoli, "máxima felicidade possível para a maioria não desviada e o mínimo sofrimento necessário para a minoria desviante".⁷⁷

2.2 Sujeitos de Direito: Para Além da Racionalidade Linear

Na mitologia grega, o personagem Procusto, da história do célebre herói Teseu, foi um ladrão que assolou a Grécia Antiga. O sádico *Damastes* ou *Polipêmon*, como também era chamado Procusto, hospedava viajantes em sua casa, situada na serra de Elêusis entre Trezena e Atenas. Ali, o gigante criminoso utilizava-se de um procedimento singular com seus hóspedes: deitava-os em uma cama de ferro que dispunha serrando os pés daqueles que excedessem o tamanho do leito bem como distendendo violentamente as pernas dos que não preenchessem todo o comprimento da cama.⁷⁸

O que Procusto omitia de suas vítimas era precisamente o fato de possuir duas camas de ferro de tamanhos diferentes, ou seja, nunca um hóspede lograria um perfeito ajuste ao leito, dado que o assassino escolhia sempre aquela divergente a estatura de seu visitante. O reinado de terror perdurou até o momento em que Teseu, hóspede de Procusto percebeu a intolerável artimanha e o prendeu lateralmente em sua própria cama cortando-lhe a cabeça e os pés, impondo, desta forma, um tormento tal como aquele destinado aos viajantes. Teseu vencia finalmente um dos mais bárbaros bandidos que o caminho de Atenas já presenciara.

O personagem Procusto, embora impregnado pelo simbolismo das histórias mitológicas guarda relação direta com a discricionariedade na tomada de decisão judicial. O gesto simbólico de serrar ou esticar o hóspede de acordo com o tamanho da cama representa nada mais do que o egoísmo, a intolerância e a intransigência da maioria dos julgadores diante das opiniões e posicionamentos alheios. Como resultado desta tirania intelectual, o "leito de Procusto" nas decisões judiciais pode ser expresso como a "síndrome de Procusto", consequência, principalmente do chamado solipsismo judicial.⁷⁹

⁷⁷ FERRAJOLI, 2010, p.261.

⁷⁸ BRANDÃO, Junito de Souza *Mitologia Grega*. v. III. Petrópolis: Vozes, 1987, p.156.

⁷⁹ BARRETO, Ricardo Menna. *Do Leito de Procusto à Discricionariedade Judicial: as implicações do Solipsismo Filosófico para o Direito e sua superação pela Hermenêutica Jurídica*. disponível em < <http://www.redalyc.org/pdf/934/93421623010.pdf>> Acesso em 23 de outubro de 2014.

O solipsismo como doutrina filosófica preceitua que a única realidade existente é aquela decorrente do eu empírico. Todos os seres vivos derivam do pensamento consciente e suas sensações, a existência fora de nossa percepção é irreal e ilusória. O sujeito solipsista acredita que o mundo exterior e tudo o que nele habita é consequência apenas de seu pensamento automaticamente pré-concebido bem como de suas experiências. Deste modo, a existência humana seria apenas uma ilusão originada do singular eu consciente.

Na esfera da tomada de decisão um julgador solipsista não apenas menospreza a imparcialidade agindo discricionariamente quando de sua deliberação, como da mesma forma não visualiza fatos, informações e entendimentos externos a sua percepção. Para este magistrado toda a realidade do processo deriva do que inicialmente idealizou como verdade e tudo o que surgir no decorrer da lide será meramente consequência de sua compreensão acerca daquilo que exclusivamente seu eu interior foi capaz de lhe transmitir.

A alusão ao "leito de Procusto" se refere exatamente a esta tentativa de o juiz sobrepor suas próprias medidas, isto é, sua compreensão consciente em relação a um ponto de vista, forçosamente aos demais e, por vezes fundamentada simplesmente em pensamentos egoístas e de cunho pessoal, sobretudo, aqueles cujo posicionamento diverge em relação a sua concepção de ser.

Decidir conforme a própria consciência é prática comum que não se restringe apenas aos juízes de primeira instância, ao contrário é fundamento recorrente nas apreciações tanto de desembargadores como de Ministros. Lenio Luiz Streck ao citar um trecho do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros (AgReg em ERESP n. 279.889-AL, STJ) explicita claramente a discricionariedade resultante em parte desta concepção procustiana

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição [...]. Decido, porém, conforme minha consciência, precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. [...] É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.⁸⁰

Para Lenio Luiz Streck, a decisão judicial presente na doutrina, tanto em referência ao Direito Civil quanto Processual e Constitucional, tende a designar que o posicionamento do

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.25.

magistrado, ocasionalmente decorra de um raciocínio automático, segundo sua particular convicção. O solipsismo judicial é, destarte, a crítica contumaz evidenciada por Streck.⁸¹

Decisões como a do Ministro Humberto Gomes de Barros incitam ainda mais o solipsismo judicial alicerçado na obscura e incerta consciência do julgador. Novamente nas palavras de Streck "o direito é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, diz que é".⁸²

O fortalecimento da concepção defendida pelo sujeito solipsista se deveu, sobretudo, a sua aparente irrefutabilidade. Um dos principais defensores deste posicionamento filosófico foi René Descartes (1596-1650), anteriormente citado nesta monografia. Para o sujeito cartesiano o argumento preponderante que torna de fato o ser humano um organismo dotado de sensações como instrumento para a busca do conhecimento tem como alicerce a descoberta do "*cogito, ergo sum*".⁸³

Segundo Descartes o ponto de partida para o conhecimento estaria no "Penso, logo existo". Este raciocínio foi levado ao extremo pelo filósofo, dado que partindo de um pressuposto no qual o pensamento é a condição para a existência humana, somos inclinados para uma certeza eminentemente racional. Aqui, a convicção é consequência unicamente da consciência do indivíduo de sua condição de ser pensante.⁸⁴

Descartes, inicialmente duvidou de todas as formas de sensação como recurso para se chegar a um conhecimento. No entanto, concluiu que duvidar também é uma condição para o pensamento, e pensar por sua vez é ter certeza da própria consciência. Para Descartes a existência de algo ou alguém só é possível se tivermos consciência disso. E somente esta existência, juntamente com as emoções conscientes dispõe da faculdade de evidenciar verdadeiramente tudo o que existe ao nosso redor.

Seguindo o entendimento defendido por René Descartes, o filósofo Immanuel Kant (1724-1804), em sua *Crítica da Razão Pura*, argumenta que o pensar deve necessariamente estar acompanhado por um raciocínio automaticamente pré-concebido, isto é, tal como o sujeito cartesiano, igualmente para Kant o pensamento está diretamente adstrito à existência humana assim como ao seu desenvolvimento puramente consciente. Para Kant a não

⁸¹ STRECK, 2010, p.47.

⁸² STRECK, 2010, p.25.

⁸³ DESCARTES, 1973, p.63-64.

⁸⁴ DESCARTES, 1973, p.60-63..

verificação desta premissa tornaria impossível a formulação de todo e qualquer fundamento.⁸⁵ Percebe-se, neste sentido, que tanto no pensamento de Kant quanto no ideal defendido por Descartes, o sujeito de direito nada mais representa do que o próprio eu consciente, o ser em si mesmo, tal como reconhecido pelo sujeito solipsista. Este é o personagem central, todo o conhecimento provém de suas percepções e experiências, nada existe além daquilo que sua compreensão é capaz de conceber.

A presença de um sujeito discricionário procustiano solipsista paranoico na tomada de decisão judicial é em grande parte resultado de uma idealização fundamentada no "meu entendimento", nas "minhas concepções", na "minha autoconsciência", no "meu poder de decidir". Qualquer posicionamento contrário é ignorado, menosprezado, desconhecido e rejeitado.

Assim como Procusto conservava o poder de decidir em qual leito colocar seus hóspedes e, pelo simples prazer de alimentar seu ego sempre os conduzia àquele divergente ao seu tamanho, de modo igual o magistrado detém o poder de escolher qual posicionamento seguir. A inquietação irrompe quando esta apreciação compreende apenas preferências egoístas, autocentradas em uma conduta egocêntrica cujo intuito único é estimular a própria conveniência.

A crítica em relação aos modelos de sujeito de direito propostos por René Descartes e Immanuel Kant se reporta diretamente a fundamentação da decisão judicial embasada em uma Filosofia da Consciência. A superação deste paradigma é imprescindível uma vez que o sujeito solipsista quando presente no imaginário do juiz o conduz a tomada de decisões impiedosas ao estilo de Procusto, resultando em um julgamento perversamente discricionário.

O filósofo alemão Martin Heidegger (1889-1976) propôs uma alternativa inovadora em relação à metafísica tradicional tanto da Antiguidade, relatada em Platão quanto do período moderno, amparado principalmente nas ideias de Descartes. Afastando-se das características dualistas da metafísica, Heidegger deslocou seus estudos para o chamado pensamento ontológico, ou seja, a indagação do ser enquanto ser.⁸⁶

A crítica Heideggeriana no que concerne ao dualismo platônico-cartesiano alude expressamente ao uso de dicotomias como mecanismo para explicar a origem do

⁸⁵ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. J. Rodrigues de Meringe. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014, p.106.

⁸⁶ GHIRALDELLI JR., Paulo. *O meu Heidegger Essencial*. disponível em <http://ghiraldeelli.wordpress.com/filosofia/o-meu-heidegger-essencial/>. Acesso em 29 de outubro de 2014.

conhecimento. Em Platão esta divisão consistia no real-aparente, na modernidade por sua vez o deslocamento compreendeu o sujeito-objeto, de cunho epistemológico.⁸⁷

Heidegger denominou a metafísica moderna de "metafísica da subjetividade"⁸⁸, conquanto a relação entre sujeito-objeto estivesse limitada ao ente e não ao seu fundamento, isto é, do ser e sua verdade. A apreciação heideggeriana em contrapartida se apoia no pressuposto de que o "sujeito, antes de instaurar a relação de conhecimento, já está desde sempre envolvido nela, já que lançado no mundo".⁸⁹ Desta forma, Heidegger propõe uma análise da relação do ser enquanto ser para além da superficialidade epistemológica, esta pautada no ente enquanto ente e nada além disso.

A dicotomia metafísica, segundo Martin Heidegger encobre uma motivação de natureza excessivamente manipuladora. Quando o homem como sujeito de direito julga que tudo o que há no mundo é consequência de suas concepções, automática e conscientemente suas perspectivas convergem para uma realidade na qual nada existe por si só, ao contrário todas os seres vivos e objetos correspondem apenas a uma representação idealizada para e pelo homem. Aqui, este sujeito-homem é o centro de todas as coisas e o fundamento de tudo o que existe.⁹⁰ Para Heidegger, "por vivermos sempre numa compreensão de ser e o sentido de ser estar, ao mesmo tempo, envolto em obscuridade, demonstra-se a necessidade de princípio de se retomar a questão sobre o sentido de ser".⁹¹

A compreensão, segundo Heidegger seria o fundamento inicial para o entendimento do ser na sua essência. Diferente da concepção antiga e moderna, que apenas ponderavam o ente desconhecendo o ser, o filósofo alemão considerou que a compreensão é um existencial em que reside o próprio ser, ou seja, "se o homem é um ente que se caracteriza pela compreensão do seu próprio ser, a busca pelo ser deve partir desta compreensão".⁹² Deste modo, "esta compreensão [...] antecipa a consciência humana e a sustenta".⁹³

Heidegger não denega a presença do ente em si mesmo, apenas sustenta que seu fundamento não deve estar encerrado em um pensamento universal e absoluto. A justificativa quando derivada de uma superficialidade existencial, isto é, resultado meramente de uma análise do ente, desconsiderando a essência do ser, tem a faculdade de reduzir todas as coisas a subjetividade, transformando-as em meros objetos.

⁸⁷ GHIRALDELLI JR., 2009.

⁸⁸ GHIRALDELLI JR., 2009.

⁸⁹ NETO, Orlando Faccini. *Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial: hermenêutica, constituição e respostas corretas em Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.36.

⁹⁰ GHIRALDELLI JR., 2009.

⁹¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Rio de Janeiro: Vozes, 2006, p.39.

⁹² NETO, 2011, p.36.

⁹³ NETO, 2011, p.36.

O *Dasein*, na concepção de Heidegger seria um ente privilegiado cuja compreensão estaria nele contida. "O ser não se dá isolado como objeto a ser conhecido, mas ele faz parte da condição essencial do ser humano. O *Dasein* compreende o ser e por isso tem acesso aos entes".⁹⁴ Por conseguinte, a compreensão, como fenômeno inerente à existência humana, representa a justificativa preliminar para a apreensão do conhecimento.

A interpretação, por sua vez é posterior a compreensão e corresponde a uma reflexão das possibilidades projetadas pela fundamentação alicerçada no ser. Neste sentido, interpretar não significa conhecer o que se compreendeu mas tão só compor alternativas acerca desta compreensão. A interpretação, deste modo, se torna uma compreensão em si mesma de uma totalidade previamente concebida, ou seja, uma pré-compreensão. Nas palavras de Heidegger

A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que "está" no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete.⁹⁵

Esta projeção da compreensão do ser contida no *Dasein* é limitada. Deste modo, é razoável depreender que a interpretação bem como a própria compreensão em nenhum momento alcançará a totalidade do entendimento. O ser, à vista disso, só existe a partir da existência do *Dasein*, o oposto, todavia, não se verifica, isto é, no momento em que o *Dasein* existe se instaura uma possibilidade de compreensão do ser. A proposta de Heidegger, neste sentido, é superar a metodologia interpretativa em detrimento da ontologia.

A inovação, no tocante a origem do conhecimento, motivada pelo ideal heideggeriano influenciou diretamente a teoria proposta pelo filósofo alemão Hans-Georg Gadamer (1900-2002). Na obra *Verdade e Método*, o filósofo apresenta uma abordagem acerca da natureza da compreensão humana. Neste sentido, enquanto a proposta de Heidegger está limitada a estrutura prévia da compreensão, Gadamer, em contrapartida, se aprofunda na historicidade inerente à própria compreensão, partindo de uma análise da hermenêutica filosófica. Conforme aduz

Heidegger só se interessa pela problemática da hermenêutica histórica e da crítica histórica com a finalidade ontológica de desenvolver, a partir delas, a estrutura prévia da compreensão. Nós, ao contrário, uma vez tendo liberado a ciência das

⁹⁴ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2000, p. 103.

⁹⁵ HEIDEGGER, 2006, p.211.

inibições ontológicas do conceito de objetividade, buscamos compreender como a hermenêutica pôde fazer jus a historicidade da compreensão.⁹⁶

Deste modo, Gadamer inicia sua análise a partir da relação sujeito-sujeito e não mais entre sujeito-objeto como anteriormente era considerado. O que o filósofo pretendeu foi eliminar a existência de um único método universal como meio para alcançar uma verdade. Neste sentido, Gadamer assim como Heidegger, igualmente aceita a linguagem como instrumento para a compreensão do indivíduo como ser-no-mundo, conquanto "a linguagem é o evento de desvelamento do sentido do ser".⁹⁷ Entretanto, o aprendizado e o entendimento propostos por Gadamer não se restringem ao uso meramente semântico da linguagem, isto é, ao sentido estrito da palavra, como apresentado por Heidegger, mas a uma utilização pragmática entre autor e intérprete.

Gadamer propõe, desta forma, uma avaliação mais crítica em relação ao conhecimento prévio. Para este filósofo, a linguagem não representa a mera interpretação, utilizada pelo sujeito pelo simples fato de ser sujeito. Ao contrário, a linguagem retrata a própria existência do ser, "é compartilhamento, participação, na qual um sujeito não se encontra contraposto a um mundo de objetos".⁹⁸

Desta forma, a compreensão se insere na própria linguagem, e esta, por conseguinte, contem o poder de transmitir a tradição. Compreender, para Gadamer, portanto, significa interpretar de acordo com o passado histórico, utilizando-se de um comportamento desprovido de arbítrios, intuições, opiniões impulsivas ou mesmo informações incompletas. Interpretar não consiste em elaborar uma resposta conforme a conveniência a respeito de um fato, mas antes expressa a natureza do próprio fato, envolto em si mesmo e isento de conhecimentos prévios.

Assim como em Heidegger, a teoria proposta por Gadamer igualmente guarda limitações, dado que a utilização da hermenêutica filosófica na busca de uma interpretação e compreensão do ser ocorre a partir de uma consciência histórica. O sentido do ser no mundo somente é possível através de uma análise da tradição. Contudo, a dependência humana no tocante ao passado é inversamente proporcional ao reconhecimento da limitação à integralidade do acesso às informações adquiridas pelo cérebro. "Com efeito não é a história

⁹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. p.354.

⁹⁷ GADAMER, 2004. p.206.

⁹⁸ NETO, 2011, p.54.

que pertence a nós, e, sim, nós que pertencemos a ela".⁹⁹ Isto posto, aduz Hans-Georg Gadamer

Quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramos-nos sempre sob os efeitos desta história efetual. Ela determina de antemão o que se nos mostra questionável e se constitui em objeto de investigação. E cada vez que tomamos o fenômeno imediato como toda a verdade, esquecemos praticamente a metade do que realmente é, ou melhor, esquecemos toda a verdade deste fenômeno.¹⁰⁰

A fundamentação, neste sentido, experimenta uma importante ruptura em relação as proposições metodológicas inseridas, sobretudo, no ideal de René Descartes e Immanuel Kant. A compreensão, através da hermenêutica filosófica se abstém da utilização de um método, a confirmação deve estar contida na autenticidade de seu significado, encerrado em si mesmo. Nas palavras de Streck "trata-se de uma ruptura paradigmática que supera séculos de predomínio do esquema sujeito-objeto. Passamos, pois do fundamentar para o compreender [...]. A linguagem passa a condição de possibilidade".¹⁰¹

A interpretação não mais constitui mera reprodução do texto legal, em que a linguagem apenas se interpõe entre o sujeito e o objeto. Na superação deste paradigma interpretativo a hermenêutica filosófica proporciona à linguagem a possibilidade de ser condição essencial na busca de uma compreensão efetivamente autêntica. Para Gadamer a interpretação não mais é consequência de uma compreensão mas nela está inserida.¹⁰²

2.3 Sistemas Inquisitório x Acusatório

O *Manual dos Inquisidores*, elaborado por Nicolau Eymerich, em 1376, retrata nitidamente a essência do que representa o sistema inquisitório na prática penal e processual penal. O modelo inquisitorial de julgamento, entretanto, não teve origem na Inquisição praticada pela Igreja Católica, na Idade Média. Não obstante, sua gênese ocorreu na Roma Antiga, especificamente no Período Imperial.

Embora o período romano não corresponda ao apogeu do sistema inquisitório, seu exemplo simboliza a influência das ideologias na evolução do Direito Penal e Processual

⁹⁹ NETO, 2011, p.56.

¹⁰⁰ GADAMER, 2004. p.397.

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. Da "justeza dos nomes" à "justeza da resposta" Constitucional. In: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 43, n. 50, p. 91-114 jul./dez. 2008, p.95.

¹⁰² BONFIM, Vinicius Silva. *Gadamer e a Experiência Hermenêutica*. disponível em < <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1152/1341> > Acesso em 25 de outubro de 2014.

Penal, bem como no modo de julgar do magistrado. No período monárquico, Roma se utilizou do sistema inquisitório de julgamento. Aqui, o julgador possuía amplo arbítrio para decidir, a busca da verdade estava centrada na prova incontestável da culpa do acusado.

As regras processuais, assim como a provocação para que o magistrado intercedesse eram inexistentes. Não havia limites à contenção do poder punitivo, o que predominava era a unilateralidade da decisão. Neste sentido, o magistrado se transformava em um ser quase onipotente no qual a delimitação de seu julgamento por vezes ultrapassava o extremo de sua imaginação.

A recorrente instabilidade do modelo histórico de organização política de Roma, todavia foi responsável por instituir a tomada de decisão penal características próprias do sistema acusatório. A verdade, neste novo contexto, pressupunha um mecanismo de contenção do poder, desprovida de fundamentos arbitrários e persecutórios.

As mudanças mais significativas no caráter persecutório da pena ocorreram no último século do período republicano. Neste momento, a função jurisdicional do magistrado estava limitada exclusivamente à deliberação e pronúncia da sentença. Desta forma, nenhum indivíduo poderia ser julgado sem a devida acusação. Este período romano foi marcado por um considerável progresso no que concerne às práticas democráticas.

No sistema acusatório romano a busca pela verdade não mais recai ao arbítrio do julgador. Este se torna parte imparcial no processo, competindo a instrução e produção de provas aos litigantes. O juiz unicamente observa, analisa e de acordo com os fatos descritos no processo idealiza sua sentença, conforme as regras processuais penais devidamente pré-estabelecidas.

A busca pela verdade no sistema acusatório do período republicano de Roma, contudo, não foi completamente menosprezada, ao contrário sua fundamentação se orientou pelo devido processo legal. Por conseguinte, ao juiz coube decidir com base exclusivamente em um debate no qual o contraditório seria o responsável pela formação de sua convicção e não mais a prova evidente da culpa do réu.

Este período, entretanto, não perdurou por longo tempo, dado que com o advento do Império nova forma de pensamento se instalou. A soberania, antes democraticamente atribuída ao povo, neste momento se torna exclusiva do imperador que, agindo em conformidade com a nova economia de poder, atribui a centralização da prática persecutória penal aos funcionários estatais.

A justiça imperial, deste modo, aos poucos revelou suas características próprias e nefastas. Aos juízes foram atribuídas funções específicas de investigadores, assumindo,

destarte a perigosa missão de acusar e julgar, reunida em um único órgão do Estado. O poder de decisão do magistrado não mais estava restrito às provas produzidas pelas partes bem como ao respeito pelo contraditório. Sua imparcialidade cedeu lugar a procedimentos de ofício, o objetivo principal era provar a culpa do acusado. Desta forma, o direito penal do inimigo retorna com a máxima força. O acusado deve ser neutralizado, perseguido, julgado e obrigatoriamente condenado, em nome de uma "incontrolável ambição de verdade"¹⁰³ movida pelos anseios de um magistrado efetivamente inquisidor.

Com a consolidação da nova estratégia punitiva, gradualmente o sistema acusatório de contenção deste mesmo poder perdeu suas forças. Nas palavras de Geraldo Prado "a instrução escrita e secreta [...], aos poucos foi sucedendo a anterior, [...], surgindo, pois, como semente da Inquisição que mais tarde dominaria a Europa Continental".¹⁰⁴ Da mesma forma, o entendimento de Lopes Jr: "nesse momento surgem as primeiras características do que viria a ser considerado como um sistema: o inquisitório".¹⁰⁵

No decorrer dos séculos, as sementes do sistema inquisitório plantadas pela Monarquia e pelo Império romano assumiram um caráter predominante na tomada de decisão penal. Sua concretização definitiva ocorreu com o advento desta prática persecutória pelo direito canônico, conservado, sobretudo, pela Igreja Católica, única instituição sobrevivente à queda de Roma. Segundo Salah H. Khaled Jr "os romanos desenvolveram os pressupostos básicos do mais temível engenho jurídico de destruição da alteridade que o homem já conheceu: o processo inquisitório".¹⁰⁶

Nos séculos posteriores a prática inquisitorial da Igreja Católica permaneceu restrita aos comportamentos eclesiais, sendo a aplicação externa regulada pelo sistema acusatório dos institutos germânicos. Este método, entretanto se distingue do modelo acusatório romano, uma vez que os julgamentos no sistema germânico prescindem da busca pela verdade. "As decisões são tomadas com base na habilidade, no prestígio social e até mesmo na sorte dos participantes".¹⁰⁷

As características peculiares do modelo germânico de acusação, embora primassem pelo respeito ao contraditório, bem como pela oralidade dos julgamentos, reduzindo, com isto, as arbitrariedades, não proporcionaram menos prejuízos ao acusado. A desconsideração da

¹⁰³ KHALED JR., Salah H. *A Busca da Verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013, p.31.

¹⁰⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional da leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.77.

¹⁰⁵ LOPES JR., 2011, p.58.

¹⁰⁶ KHALED JR., 2013, p.34.

¹⁰⁷ KHALED JR., 2013, p.40.

verdade no processo penal não se mostrou mais eficiente em relação a busca obsessiva pela mesma. Como consequência, a lógica acusatória germânica não logrou êxito e aos poucos foi sendo substituída pelo mais impiedoso modelo inquisitorial de inspiração romana.

Inicialmente, a Igreja Católica alterou o sentido atribuído aos princípios morais aplicados nos julgamentos do sistema acusatório germânico. A presença de Deus como único ser apto a proteger e salvar os inocentes contribuiu de forma significativa para a gradual substituição do modelo acusatório pelo intransigente sistema inquisitório de tomada de decisão judicial. "A igreja foi o primeiro poder que passou do procedimento acusatório ao inquisitório".¹⁰⁸

Neste sentido, o processo inquisitório estabelecido e alterado conforme os interesses eclesiásticos se revelou a mais cruel e impiedosa forma de julgamento, alicerçada em técnicas processuais patológicas e atroz. A busca da verdade transcende o próprio sentido atribuído a pena. O acusado, através do interrogatório deve forçosamente se declarar culpado, dado que a questão máxima preconizada pela Inquisição ultrapassa a punição física, sendo, sobretudo, um "problema de salvação da alma".¹⁰⁹

Os Tribunais da Inquisição, instaurados pelo Papa Gregório IX, em 1231, encerravam a finalidade de conter os pensamentos diversos aos preceitos defendidos pela Igreja Católica. O poder eclesiástico aumentava à medida que suas imposições em relação aos crimes considerados contrários ao ordenamento cristão eram instituídos, mesmo as transgressões indiretamente relacionadas à religião deveriam ser punidas. O arrependimento, neste sentido, não era considerado suficiente, imprescindível, portanto, a penitência, fosse o acusado culpado ou não.

A questão intrigante em relação aos métodos utilizados pelos Tribunais da Inquisição alude a aceitação pela doutrina pré-moderna ao aparato de repressão inquisitorial. A busca pela verdade absoluta, atinge um *status* superior. E, no contexto da Santa Inquisição o maior ato oposto aos preceitos eclesiásticos encontrava-se nas heresias, estas na perspectiva da Igreja evidenciavam uma ameaça direta ao próprio núcleo fundante do sistema, ou seja, a tortura e a crueldade estariam legitimadas em nome de valores e concepções oferecidas pelo dogmatismo religioso da época.

O Tribunal da Inquisição, portanto, ao instituir uma pena tão severa a qualquer indivíduo, culpado ou inocente, demonstra toda sua tirania idealizada em fundamentos que ultrapassam o imaginário de qualquer ser humanamente consciente da irresponsabilidade

¹⁰⁸ KHALED JR., 2013, p.42.

¹⁰⁹ PRADO, 2006, p.80.

destes atos. Salah Khaled Jr, na obra *A Busca da Verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial*, ao citar Coutinho¹¹⁰ aduz

Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve - e continuará servindo, se não acordarmos -, mantém-se hígido.¹¹¹

A repressão preconizada pelo Tribunais Inquisitoriais não tinha como pressuposto o combate à criminalidade, porquanto seu interesse se relacionava às condutas consideradas heréticas diante dos preceitos religiosos estabelecidos pela Igreja Católica. Apesar das peculiares características, este modelo de repressão foi largamente utilizado por estados absolutistas, neste sentido, com o propósito de combate ao crime.

A busca incessante pela verdade se torna o objetivo principal do processo inquisitório. O juiz imparcial desaparece, sendo substituído por um protagonista do sistema penal, ávido por provas que comprovem a certeza de que o acusado de fato é o culpado e deve sofrer por seu deturpado comportamento. O contraditório, da mesma forma é menosprezado, a decisão é secreta e ao acusado resta somente a qualidade de objeto, cujo intuito exclusivo, como espectador, é se manter vivo ou desejar a morte.

Não bastasse todo este aparato judicial em nome de uma ideologia firmada na punição como único mecanismo para coagir aqueles que pensam e agem diversamente dos preceitos católicos, foi reunido, em 1376, um "conjunto de técnicas para atingir os fins a que se propunha"¹¹² a Igreja Católica. Nicolau Eymerich foi o autor deste manual de "caça às bruxas", ou *Manual dos Inquisidores*, como oficialmente é conhecido, sendo igualmente denominado de *Directorium Inquisitorium*.

A influência provocada pelo *Manual dos Inquisidores*, de Nicolau Eymerich, existe até os dias de hoje. A busca por uma condenação a qualquer preço é prática recorrente nos Tribunais. É imprescindível, portanto, o estudo deste manual, ainda que compreendido apenas os aspectos mais relevantes, para o devido entendimento das práticas arbitrárias e irracionais que permeiam os julgamentos da atualidade e que, embora não conservem toda a desumanidade do período inquisitorial ainda mantém alguns resquícios peculiares aos Tribunais da Inquisição.

¹¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O Papel do Juiz no Processo Penal*. In: Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.) *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.18.

¹¹¹ KHALED JR., 2013, p.47.

¹¹² KHALED JR., 2013, p.46.

Eymerich estruturou seus escritos de acordo com o direito canônico, portanto, o *Manual dos Inquisidores* representa um verdadeiro código normativo anti hereges. Para o autor inquisidor são considerados inimigos dos preceitos religiosos e, portanto suscetíveis de punição, um amplo rol de indivíduos, dentre os quais: blasfemadores, videntes, adivinhos, excomungados, quem segue, hospeda, protege ou se beneficia dos hereges, os cristãos que aderem ao judaísmo e islamismo e, finalmente, os infiéis e todos os que se opõem à fé cristã.¹¹³ Igualmente será considerado e julgado como herege todo sujeito que direta ou indiretamente contrariar os preceitos da Inquisição.

Após tipificar as condutas desviantes, Eymerich elabora três categorias possíveis de intervenção punitiva para cada comportamento herege: fraca, forte ou veemente e grave ou violenta. Uma postura diversa dos demais indivíduos é suficiente para ensejar uma suspeita herege de categoria fraca. O comportamento forte ou veemente por sua vez é passível de punição caso seja constatada a convivência do suspeito com pessoas de comportamento desviante. Finalmente, para justificar uma conduta grave ou violenta, basta ao sujeito cultuar os hereges, pedir-lhes conselhos, ou prestar-lhes reverências.¹¹⁴

Do mesmo modo, Eymerich distingue os graus de sanção para cada comportamento desviante. O sujeito disposto na categoria fraca não será considerado herege, mas será punido conforme os preceitos canônicos, isolado dos demais, excomungado, e após um ano de excomunhão será condenado como herege. Na categoria forte, ao herege incidirá as mesmas sanções previstas para o suspeito de grau fraco, entretanto para aquele a reincidência ocorrerá conforme a pena relativa aos relapsos. Na hipótese de a conduta desviante permanecer, será o herege levado à fogueira. Na situação mais grave de heresia, não é admitida qualquer condição de defesa, a simples suspeita de um comportamento grave ou violento resultará na condenação. Se não houver uma confissão, será o sujeito considerado impenitente, se confessar será perdoado, mas igualmente condenado.¹¹⁵

A partir deste modelo normativo de conduta é razoável compreender porque a máquina inquisitória persistiu no tempo. Ao juiz era atribuído o controle total sobre as provas, sua decisão era resultado de uma apreciação lógico-dedutiva, isto é, ficava a critério do julgador estabelecer premissas e a partir delas escolher a que melhor se ajustava às suas pressuposições. Deste modo, o magistrado primeiro deliberava consoante seu convencimento

¹¹³ KHALED JR., 2013, p.52.

¹¹⁴ EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, p.77.

¹¹⁵ KHALED JR., 2013, p.53.

e somente após buscava provas para justificar sua decisão. Deste pensamento resulta o que Franco Cordero¹¹⁶ designou de "primado da hipótese sobre os fatos".

As estratégias utilizadas pelos juízes inquisidores para obter a confissão do acusado não estavam restritas a um mero interrogatório, ao contrário com o poder que lhes era concedido, os julgadores se utilizavam de um pensamento paranoico, superior e narcisista, desprovido de qualquer emoção. Em um ambiente compatível com as práticas inquisitoriais o acusado era influenciado, objetificado e conduzido aos mais repugnantes procedimentos cujo fim pré determinado pelo juiz além de invariavelmente condenar o acusado retirava deste sua intrínseca característica de ser. Na busca incessante da verdade os magistrados manipulavam inclusive a alma dos acusados em um terrível jogo do qual o fim último não se restringia a condenação mas ao maior sofrimento possível.

A dúvida na prática penal inquisitória não era motivo para absolvição senão, conforme relata Luigi Ferrajoli "no processo medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e uma semicondenação a uma pena mais leve".¹¹⁷ Do mesmo modo a presença do contraditório representava, segundo a concepção de Eymerich, um retrocesso ao andamento processual assim como à declaração da sentença. A confissão, desta forma se tornou a única "defesa" para o acusado, todavia, conforme declara Eymerich,¹¹⁸ "o crime de heresia é concebido no cérebro e fica escondido na alma", permanecendo inerente àquele que contraria os preceitos dominantes.

As práticas de julgamento realizadas pelos Tribunais da Inquisição, evidenciam, desta forma, toda uma fundamentação assentada no direito penal do inimigo, na incansável busca pela verdade e na total supressão dos sujeitos considerados hereges. Estes relatos quando introduzidos na atualidade, em um primeiro momento, se mostram inconcebíveis, uma vez que a "caça às bruxas" se encontre, em tese, restrita aos filmes de ficção. Todavia, durante a evolução ideológica do Direito Penal e Processual Penal é possível perceber uma transição de valores no combate ao crime. Esta mudança, porém é "mais ilusória do que real"¹¹⁹, conquanto "passamos do herege para o homem delinquente e, finalmente, para o inimigo a ser exterminado para a sobrevivência e bem-estar do homem de bem".¹²⁰

¹¹⁶ KHALED JR., 2013, p.57.

¹¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.441.

¹¹⁸ EYMERICH, 1993, p.138.

¹¹⁹ KHALED JR, Salah H; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *In Dúbio Pro Hell: profanando o sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.11.

¹²⁰ KHALED JR.; MORAIS DA ROSA. 2014, p.11.

Um exemplo desta permanência persecutória do poder punitivo pode ser presenciado nos argumentos de Francisco Luís da Silva Campos, citado por Alexandre Morais da Rosa e Salah H. Khaled Jr, na obra *In Dúbio Pro Hell: profanando o sistema penal*, quando da exposição dos motivos do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941

O juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar de ofício às provas que lhe parecem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo*.¹²¹

Não obstante, nos dias atuais o contraditório esteja presente na prática penal, a desconsideração completa pelo juiz da inocência do acusado em caso de dúvidas equivale ao modelo inquisitorial da Igreja Católica, que nega a absolvição em detrimento de um comportamento semiculpável. Consequentemente, ambos os modelos se equivalem, divergindo meramente quanto ao objetivo principal, dado que em relação ao processo inquisitorial eclesiástico o objetivo era manter o controle social enquanto no atual sistema inquisitório a meta é assegurar à máxima segurança aos cidadãos de bem. Deste modo, somos guiados por um sistema acusatório de punição preponderantemente fundamentado em práticas inquisitoriais.

E, neste sentido, a lógica do Direito Processual Penal comporta uma inversão, transmutando o *in dubio pro reo* em *in dubio pro hell*,¹²² ou seja, quando existir dúvidas em relação a culpabilidade do acusado o magistrado não terá como premissa inocentá-lo, ao contrário sua função será buscar a maior quantidade de provas hábeis à condená-lo definitivamente. Portanto, novamente é possível perceber a presença de um juiz que ao mesmo tempo investiga e julga.

A compreensão do que representa os sistemas acusatório e inquisitório de julgamento no Direito Penal e Processual Penal é, deste modo, imprescindível, dado que uma decisão devidamente motivada com base em uma justificação imparcial e livre de arbitrariedades não estará legitimada caso o magistrado permaneça alicerçado em práticas persecutórias assentes em um pensamento paranoico e onipotente, cujo objetivo último tenha como fundamento um entendimento preponderantemente racional ainda que por vezes isento do caráter perverso e nocivo dos Tribunais da "Santa" Inquisição.

¹²¹ KHALED JR.; MORAIS DA ROSA. 2014, p.16-17.

¹²² KHALED JR.; MORAIS DA ROSA. 2014, p.19.

3 A CONTRIBUIÇÃO DA PSICOLOGIA COGNITIVA PARA A TEORIA DA DECISÃO NO CRIME

3.1 Decisão no Sistema S1

A Psicologia Cognitiva, conforme mencionado, cuida da interação entre os mecanismos de aquisição do conhecimento, isto é, de aprendizagem do ser humano, através, principalmente, da utilização da memória, do pensamento e da capacidade de percepção, com a forma como as pessoas reagem aos estímulos exteriores.

Inicialmente é relevante compreender a origem dos comportamentos mentais. Estes, segundo seus distintos aspectos, podem ser categorizados como proposicionais ou sensações. O estado mental proposicional se refere ao emprego de atitudes cognitivas, emocionais e perceptivas pelo indivíduo. No primeiro caso se inserem o pensamento, o raciocínio e a compreensão, nas emoções, por sua vez, estão presentes o medo, a felicidade, a raiva, a ansiedade e a inveja. Por fim as atitudes perceptivas do estado mental humano comportam a audição, a visão, o tato e o olfato. Há, outrossim, os estados mentais de quase percepção tais como a imaginação e as aspirações humanas e os estados conativos, caracterizados como atitudes conscientes de querer, desejar, agir.¹²³

Os comportamentos mentais proposicionais encerram a característica preponderante da intencionalidade. É através destas atitudes que o ser humano conecta suas manifestações internas com o mundo exterior. O posicionamento individual proposicional guarda consigo uma vontade, um objetivo, sempre relacionado a algo externo a consciência. Estas condutas mentais, portanto, não resultam de uma concepção intrínseca do cérebro mas de uma atitude relativamente ao objetivo externo que se ambiciona atingir.

Deste modo, o ato de querer, desejar, sonhar, imaginar, perceber, sentir medo, ansiedade, felicidade, são particularidades cujo fundamento expressa um objetivo certo em relação a algo que não está inserido naquele comportamento específico, dado que extrínseco a ele, ainda que este propósito seja apenas fruto de uma imaginação não contida no objeto intencionado.¹²⁴ Neste sentido, "posso pensar sobre abstrações que não existem na realidade,

¹²³ MASLIN, Keith T. *Introdução à Filosofia da Mente*. Trad. Fernando José R. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 17. apud FREITAS, Ana Margareth Barbosa de. *É Possível uma ciência da Mente?* disponível em http://www.ppgf.ufba.br/dissertacoes/2013/ana_margareth_barbosa.pdf. Acesso em 15 de outubro de 2014.

¹²⁴ SEARLE, John. *Intencionalidade*. Trad. Julio Fischer e Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p.3.

ou sobre o passado que não existe mais, ou sobre seres mitológicos que nunca existiram e nunca existirão".¹²⁵

Consequentemente é possível compreender os motivos decorrentes de condutas diversas diante de situações análogas. A interação ocorre entre aquilo que se deseja, ou seja, uma aspiração de caráter interno em relação a um objetivo previamente intencionado. As crenças, por conseguinte, demonstram as particularidades de cada indivíduo, seu mecanismo de visualização das situações. A conexão entre o ser e o mundo é, desta forma, a condição fundamental para o entendimento dos diferentes processos mentais de agir e pensar perante situações semelhantes.

A intencionalidade como objeto central dos comportamentos mentais proposicionais é essencial para o entendimento de que as atitudes humanas, sejam elas guiadas pelo medo ou pelo desejo, pela felicidade ou pela inveja, pela racionalidade ou pela emotividade, não resultam de um pensamento desprovido de ação, antes qualquer tomada de decisão é fruto de um propósito, ainda que o indivíduo não tenha consciência disso. E geralmente há uma influência direta destas atitudes mentais intencionais e o meio externo.

As sensações, em contrapartida, não representam atitudes mentais com o intuito de apreender algo acerca de algum mecanismo externo. Seu conteúdo não encerra uma intencionalidade, são meramente ações dos sentidos, sem um fim específico de interação entre o ser humano e o mundo exterior. Aos sentirmos dor, frio, calor, vibrações, é perfeitamente possível identificar o lugar exato desses estímulos sem a obrigação de estabelecer um vínculo com o fato gerador desta situação.¹²⁶

A percepção da existência dessas sensações é característica de cada indivíduo, de acordo com suas particularidades. O que fundamenta a existência de uma sensação é a consciência pelo sujeito da presença desse estímulo, ou seja, para que uma pessoa sinta alguma sensação é necessário que ela tenha consciência disso. Diversamente dos comportamentos mentais intencionais, que por vezes podem se manifestar mesmo na ausência de uma consciência no tocante a sua presença. A respeito, expõe Keith Maslin

A consciência é uma característica distintiva das sensações, pois devem ser acessíveis ao estado de consciência para que possam ser genuinamente atribuídas a uma pessoa, diferentemente dos estados intencionais como crenças e desejos, que podem existir temporalmente na ausência de um estado de consciência. Isso

¹²⁵ MATTHEWS, Eric. *Mente: conceitos-chave em filosofia*. Trad. Michelle Tse. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 60.

¹²⁶ BENNETT, M. R.; HACKER, P. M. S. *Fundamentos Filosóficos da Neurociência*. Trad. Rui Alberto Pacheco. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 138-139.

significa que podemos ter crenças, desejos e intenções das quais não estamos conscientes num dado momento ¹²⁷.

As sensações, porquanto não tenham um caráter intencional, tal como os estados mentais proposicionais, expressam uma especificidade entre o indivíduo e o meio externo. Enquanto a intencionalidade dos comportamentos mentais busca a compreensão para as motivações diante de determinada situação, sem, contudo, ter a completa consciência disso, a interação nas sensações ocorre em um âmbito abstrato no qual as percepções tendem a conectar o sujeito ao mundo proporcionando-lhe características próprias conduzidas unicamente pela consciência de tais estímulos.

No campo do Direito Penal e Processual Penal, as influências dos comportamentos mentais na tomada de decisão do magistrado ocasionalmente decorrem de elementos extrajurídicos. O juiz, ainda que consciente de sua racionalidade, sempre estará envolto por intuições, pré-compreensões, pré-interpretações e ideologias, específicas de perspectivas e experiências vivenciadas. Um juiz neutro é "antropologicamente impossível".¹²⁸

Do mesmo modo que não é admissível conjecturar a figura do magistrado tal como a de uma entidade suprema, de poder absoluto, e imensurável autonomia de escolhas, igualmente não é razoável concebê-lo como um ente inanimado, desprovido de emoções ou ideologias. A neutralidade não é uma justificativa a ser seguida e não se confunde com a imparcialidade.

Um juiz neutro não é apenas indiferente ao fato, ao contrário está completamente fora do âmbito de decisão. Conforme assevera Luis Roberto Barroso, o mito da neutralidade, já superado, representa "um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal mas também das influências sociais". Neste sentido, o magistrado neutro estaria privado das características que lhe são intrínsecas, o que é impossível, uma vez que não há decisão "sem história, sem memória, sem desejos".¹²⁹

Desconsiderar a neutralidade do julgador significa declarar que suas decisões inevitavelmente estarão incorporadas por um estado mental envolto em intuições, anseios, pensamentos inconscientes e às vezes automaticamente pré-compreendidos.

¹²⁷ MASLIN, Keith T. *Introdução à Filosofia da Mente*. Trad. Fernando José R. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2009, p.18-19.

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras Judiciales*. Buenos Aires: EDIAR, 1994, p. 107-110. apud FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Influências Extrajurídicas sobre a Decisão Judicial...* disponível em http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/15154/1/2013_RicardoVieiradeCarvalhoFernandes.pdf. Acesso em 18 de outubro de 2014, p.8.

¹²⁹ FERNANDES, 2013, p.102.

Consequentemente, não é plausível menosprezar a influência cognitiva na tomada de decisão penal, ainda que não se aposte todas as fichas nela.¹³⁰

A pré-compreensão do magistrado resulta de suas experiências e concepções de mundo, algo particular e inerente a sua individualidade. São estes traços específicos que demarcam seus métodos de julgamento e que o diferencia dos demais indivíduos. As pré-compreensões presentes na personalidade do juiz revelam "o complexo de traços que o distinguem de todos os outros seres humanos e assim lhe definem a quente e espessa singularidade".¹³¹

Os elementos pré-compreensíveis do comportamento mental humano, abrangem aspectos como idade, sexo, cor da pele, religião, aspirações políticas e filosóficas, convicções religiosas, comportamento familiar, tanto em relação ao ambiente externo diretamente interligado com as aspirações pessoais quanto no que diz respeito a própria história de vida do magistrado. Por conseguinte, "o prolator da decisão judicial, regularmente investido, carrega para o exercício da função toda a carga das suas experiências de vida, suas convicções ideológicas, seus pré-conceitos, seus pré-juízos, suas frustrações e preferências".¹³²

O vínculo existente entre crenças pessoais e influências externas é, em grande parte o responsável pela determinação e formação das individualidades. Para o jurista americano Richard Allen Posner "as pré-compreensões desempenham um papel ainda quando pensamos racionalmente".¹³³ As crenças e ideologias, embora sempre presentes nas opiniões, são, deste modo, suscetíveis de modificação conforme circunstâncias externas, tais como religião, política e aspectos relacionados a gênero, conduzam a diferentes posicionamentos. Além disso, ressalta Posner que "estes atributos podem convergir e formar um molde mental que, por sua vez, gerará as pré-concepções específicas, com as quais um juiz abordará um caso".¹³⁴

Há ainda influências inusitadas de tomada de decisão judicial. O psicólogo Daniel Kahneman, ao discutir sobre os sistemas de julgamento presentes nos estados mentais, cita uma experiência relatada nos *Proceedings of the National Academy of Sciences*

Os participantes inadvertidos do estudo eram oito juizes de condicional em Israel. Eles passam dias inteiros revisando pedidos de condicional. Os casos são apresentados em ordem aleatória, e os juizes dedicam pouco tempo a cada um, numa média de seis minutos [...]. (O tempo exato de cada decisão é registrado, e os períodos dos três intervalos para refeição dos juizes - a pausa da manhã, o almoço e o lanche da tarde - durante o dia também são registrados). os autores do estudo

¹³⁰ KHALED JR.; MORAIS DA ROSA. 2014, p.7.

¹³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*, sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p.145.

¹³² NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança Jurídica e Súmula Vinculante*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2010, p.65.

¹³³ FERNANDES, 2013, p.105.

¹³⁴ FERNANDES, 2013, p.105.

fizeram um gráfico da proporção de pedidos aprovados em relação ao tempo desde a última pausa para refeição [...]. Durante as duas horas, mais ou menos, até a refeição seguinte dos juízes, a taxa de aprovação cai regularmente, até chegar perto de zero pouco antes da refeição [...]. A melhor explicação possível dos dados é uma má notícia: juízes cansados e com fome tendem a incorrer na mais fácil posição [...] de negar os pedidos de condicional. Tanto o cansaço como a fome provavelmente desempenham um papel.¹³⁵

Existem, por consequência, circunstâncias nas quais ao juiz, ainda que investido de elementos pré-compreensíveis de julgamento, não será possível decidir consoante sua percepção, dado que suas respostas serão determinadas por uma deliberação inconsciente.

O Sistema S2, responsável pelo autocontrole, nesses casos, sobretudo de esgotamento do ego, em que há máximo esforço cognitivo, não estará apto a fornecer a melhor resposta possível. Quando a reserva de energia finda, o esforço voluntário, cognitivo, emocional ou físico é substituído por intuições e decisões automáticas. "Pessoas cognitivamente ocupadas, também tem maior probabilidade de fazer escolhas egoístas [...] e julgamentos superficiais [...]".¹³⁶

A percepção do magistrado, ainda que considere sua decisão um ato conduzido pela racionalidade, sempre encontrará em seu percurso influências, seja em relação a um fato, a um objeto, a outras pessoas e ideologias, ou mesmo a sua própria concepção de mundo, que definitivamente pode se modificar a qualquer momento. Ainda que um julgamento seja decidido por métodos conscientes ou inconscientes, aqui presentes todos os mecanismos ora discutidos a respeito do Sistema S1 elaborado por Kahneman, a influência sempre constará como elemento preponderante na tomada de decisão judicial.

Apesar da influência das pré-compreensões ser um fator fundamental e inerente a decisão do julgador, grande parte dos juízes não admite, quando de suas deliberações, uma justificativa resultante de apreciações peculiares ao ser. Embora não seja possível identificar as motivações adotadas pelo magistrado para elaborar sua decisão, Posner sugere alguns motivos para essa negação às pré-compreensões: falta de consciência da existência das pré-concepções; a força da retórica, na qual apenas argumentos racionalmente válidos são considerados; o receio de retaliação sobre sua discricionariedade ou ainda para evitar a responsabilidade por decisões divergentes relativamente a outros magistrados.¹³⁷

As decisões judiciais integram, ainda que implicitamente, as ideologias e pré-compreensões do magistrado. A problemática, surge no momento em que o julgador delibera consoante suas convicções, menosprezando, por exemplo, o depoimento de uma testemunha

¹³⁵ KAHNEMAN, 2012, p.58.

¹³⁶ KAHNEMAN, 2012, p.55.

¹³⁷ FERNANDES, 2013, p.106.

em detrimento de outra, adotando critérios pessoais relativamente ao comportamento do indivíduo, como nervosismo, grau de instrução, de intimidade entre as partes, modo de falar e de se vestir. Essa primeira impressão do magistrado diante do acusado igualmente contribui para influenciar de modo significativo todo o transcorrer do processo.¹³⁸

O termo utilizado por Kahneman em relação a estas opiniões iniciais se reporta ao chamado efeito *halo*¹³⁹, isto é, a tendência das pessoas em gostar ou não de outras considerando unicamente as primeiras impressões. Essa evidência pré-concebida pelo magistrado é moldada pela emoção, portanto, aqui estão presentes as características próprias do Sistema S1, como menor esforço na análise do fato, embasamento movido pela intuição e substituição de questões complexas por questões mais compreensíveis. Como decorrência deste posicionamento as chances de um prognóstico equivocado aumentam.

De modo semelhante, o juiz ao se deparar com os contrastes dos depoimentos, automaticamente formulará em seu cérebro conexões entre as crenças que mais se assemelham às suas aspirações. Esse mecanismo é denominado por Kahneman de ativação associativa, através desse fenômeno uma ideia inicial é capaz de evocar várias outras ideias que, não necessariamente resultarão de um pensamento consciente. Esse empreendimento na elaboração de ideias se adéqua tanto para confirmar aquilo que o juiz previamente concebeu como verdade quanto para reduzir o desconforto cognitivo resultado dessa exposição a declarações antagônicas, anteriormente discutido, no que concerne a teoria da dissonância cognitiva elaborada por Bernd Schünemann.

O efeito de *priming*, relatado por Kahneman, neste contexto, evidencia uma evolução na compreensão do método associativo de ideias, uma vez que a exposição a uma palavra pode acarretar mudanças na forma como outras palavras relacionadas podem ser evocadas. Outra descoberta se refere ao fato de que não apenas a exposição a uma palavra provoca associação mas igualmente o efeito de *priming* poderá ser visualizado quando ações e emoções são experienciadas, ainda que o indivíduo não tenha consciência deste fenômeno.¹⁴⁰

No momento em que o magistrado está diante de um julgamento tenso, exposto a brigas e discussões, há uma considerável probabilidade de que esta divergência lhe traga a memória, fatos que vivenciou, influenciando, destarte, seu posicionamento tanto em relação a lide atual quanto aquelas que ainda virão. Esse fenômeno do efeito de *priming* é consequência do Sistema S1, portanto não existe qualquer acesso consciente a ele.¹⁴¹

¹³⁸ KAHNEMAN, 2012, p.110.

¹³⁹ KAHNEMAN, 2012, p.107-108.

¹⁴⁰ KAHNEMAN, 2012, p.68-70.

¹⁴¹ KAHNEMAN, 2012, p.75.

Todos esses pré-juízos, pré-concepções, ideologias, ou mesmo posicionamentos religiosos e políticos abrangem a valoração das provas e, ainda que não externados pelo juiz, permanecem inevitavelmente contidos na fundamentação da sentença. Os fatores extrajurídicos, portanto, influenciam em maior ou menor grau o julgamento do magistrado, sendo por vezes a justificação preponderante da decisão prolatada.

A influência dos elementos extrajurídicos na formação dos critérios utilizados pelo julgador não deve ser, todavia, completamente menosprezada. Ao juiz, realmente existe a possibilidade de uma deliberação discricionária, valendo-se de mecanismos subjetivos, quando da interpretação do texto legal, ou mesmo na condução da colheita de provas pelas partes. Igualmente lhe é dada a possibilidade de escolha da norma a ser aplicada.

O que se intenciona evitar são decisões afastadas do âmbito jurídico, sobretudo, aquelas carentes de uma fundamentação subordinada aos princípios de direito ou pelo respeito as normas constitucionais. O espaço de subjetividade do magistrado não é amplo e irrestrito como usualmente se supõe, ao contrário é imperioso o controle externo não apenas no que concerne ao texto legal mas inclusive por outros magistrados.

Conquanto a justificativa apresentada pelo julgador decorra de um comportamento consciente, voluntário, diligente e concentrado, a racionalidade da decisão, às vezes aparente, neste sentido dependerá das informações presentes e disponíveis no cérebro. O julgamento de uma ação penal não é algo natural, prontamente disponibilizado pelo automático Sistema S1, ainda que este seja o mecanismo utilizado pela maioria dos juízes. No decorrer do processo de aprendizagem informações importantes podem ocasionalmente serem substituídas por um conteúdo artificial e equivocado, mais compreensível e menos complexo, proporcionando ao magistrado um conforto em relação àquilo que idealiza e sua correspondência na ação penal.¹⁴²

A premissa do juiz se equipara a sua própria concepção de ser, de agir, de pensar, de querer, mas principalmente de compreender as limitações de sua racionalidade, o intrínseco caráter da interpretação, como algo inerente a todo sujeito. O juiz deve pensar para além do ser em si mesmo, deve conectar suas aspirações ao mundo, visto que "não é ser-do-mundo, e sim ser-no-mundo",¹⁴³ através de um pensamento despretensioso tanto no que concerne aos demais indivíduos quanto em relação a sua própria consciência.

¹⁴² KHALED JR.; MORAIS DA ROSA. 2014, p.7.

¹⁴³ MORAIS DA ROSA, 2011, p.190.

3.2 Decisão no Sistema S2

Após uma análise, ainda que sucinta, a respeito dos fundamentos iniciais do comportamento mental humano, bem como a influência provocada pelo sistema de decisão S1 nos julgamentos, o próximo ponto a ser abordado se remete ao princípio motivacional das decisões judiciais sendo a discussão referente a "própria formação da convicção"¹⁴⁴ do magistrado analisada sob o enfoque da hermenêutica filosófica em correspondência com os comportamentos mentais da Psicologia Cognitiva.

A indagação que, inicialmente, se objetiva estabelecer se reporta às causas que conduzem o juiz a seguir determinado caminho em detrimento de outros. Acolhendo a inquirição de Khaled, o juiz decide

baseado no quê: em representações narrativas amparadas em evidências corrigidas até a exaustão, a ponto de tornarem-se provas, por um contraditório dialógico; na habilidade retórica das partes, que buscam, a todo custo, obter seu convencimento, mediante estratégias argumentativas que não guardam necessariamente referência com a passeidade; ou, através de sua posição isolada, situação em que mesmo um juiz munido da melhor das intenções pode ser vítima de seu subconsciente.¹⁴⁵

Segundo Coutinho há no comportamento decisório do julgador "espaços de subjetividade".¹⁴⁶ Ao juiz como elemento principal a proporcionar as garantias fundamentais bem como zelar pelo devido processo legal é imperioso estabelecer um equilíbrio entre essa conduta individual e a necessária superação de uma serie de obstáculos. Desde a suplantação das técnicas inquisitórias de julgamento, em que o juiz ignora os fatos, decidindo conforme sua conveniência e menosprezando princípios constitucionais, ultrapassando o método positivista de decisão assim como afastando a lógica dualista sujeito-objeto, no qual estes surgem naturalmente separados.¹⁴⁷

Tendo em vista que a motivação do juiz se respalda em suas convicções e que durante a concepção dessa perspectiva em torno do fato elementos incertos e desconhecidos, isto é, subjetivos e externos ao direito inevitavelmente estarão presentes, a ideia de compreensão e interpretação a partir da hermenêutica filosófica se apresenta como uma alternativa para o entendimento dos elementos formadores dessa convicção elaborada pelo magistrado.

¹⁴⁴ KHALED JR., 2013, p.497.

¹⁴⁵ KHALED JR., 2013, p.495.

¹⁴⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o Conteúdo no Processo Penal*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 1998, p.134-144.

¹⁴⁷ KHALED JR., 2013, p.496.

A hermenêutica filosófica, entretanto, não tem como pressuposto um método de interpretação a ser seguido,¹⁴⁸ visto que "a reflexão hermenêutica pode, isto sim, nos ajudar a entender melhor o que está em jogo nos processos interpretativos, no movimento da compreensão".¹⁴⁹ Neste sentido, compreender, segundo a concepção hermenêutica significa entender as limitações do próprio conhecimento, assim como se libertar dos métodos próprios de uma ponderação racional. A respeito observa Morais da Rosa

A modernidade legou um modelo de decisão que se fundamenta em premissas lógicas, em distinções metafísicas (princípio e regra, juízo de fato e juízo de direito, dentre outros) que não se coadunam com a sofisticação hermenêutica da segunda metade do século passado [...] no modelo de que se é legatário e que adorna os manuais jurídicos acredita-se que o abuso da racionalidade, no seu excesso, poderá conceder uma certeza definitiva dos fatos do mundo vivido. Desconsidera-se, assim, toda a superação da Filosofia da Consciência, agarrando-se pela fé, ao modo de pensar metafísico. Por isto a necessidade da superação do modelo herdado da modernidade, de seu discurso totalizante.¹⁵⁰

A questão referente ao ser-no-mundo, anteriormente analisada em Heidegger se mostra novamente necessária quando exploramos a origem da convicção do juiz, uma vez que sua compreensão em relação a um fato parte de um lugar "existencialmente circunscrito",¹⁵¹ antecedente a qualquer ato consciente do julgador. Esta prerrogativa afasta o raciocínio moderno "que tende demasiado depressa a fixar automaticamente a interpretação no momento da análise lógica".¹⁵²

Heidegger afirma que a compreensão é algo anterior a própria existência do ser, e que a interpretação é resultado das suas diversas possibilidades projetadas quando da formação de uma convicção. Deste modo, quando interpretamos, estamos não mais do que compreendendo dentro daquele círculo existencial de compreensão. A interpretação não cuida do entendimento fornecido pela compreensão, mas elabora possibilidades de escolha dentre aquelas disponíveis.¹⁵³

A doutrina moderna, por sua vez direciona o pensamento para uma verdade correspondente entre o "juízo e seu objeto"¹⁵⁴, importando em uma constante busca pelo

¹⁴⁸ KHALED JR., 2013, p.497.

¹⁴⁹ SOARES, Luiz Eduardo. *Hermenêutica e Ciências Humanas*. In: Gauer, Ruth M. Chittó (Org.). *A Qualidade do Tempo: para além das experiências históricas*: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 32.

¹⁵⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Jurisdição do Real x controle penal: direito e psicanálise*, via literatura. Petrópolis: Delibera/KindleBookBr, 2011, p.58.

¹⁵¹ KHALED JR., 2013, p.506.

¹⁵² PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1997, p.33.

¹⁵³ HEIDEGGER, 2006, p.204.

¹⁵⁴ KHALED JR., 2013, p.500.

magistrado, da verdade como "ideal de construção do conhecimento",¹⁵⁵ através de uma investigação racional. Heidegger, em contrapartida concebe a interpretação como a captação de algo previamente dado, cujo conteúdo sempre estará envolto por pressupostos anteriores.¹⁵⁶

Nas palavras do filósofo alemão

A interpretação sempre se funda numa *visão prévia*, que "recorta" o que foi assumido na posição prévia, segundo uma possibilidade determinada de interpretação. O compreendido, estabelecido numa posição prévia e encarado numa "visão previdente" torna-se conceito através da interpretação. A interpretação pode haurir conceitos pertencentes ao ente a ser interpretado a partir dele próprio, ou então forçar conceitos contra os quais o ente pode resistir em seu modo de ser. Como quer que seja, a interpretação sempre já se decidiu, definitiva ou provisoriamente, por uma determinada conceituação, pois está fundada numa *concepção prévia*.¹⁵⁷

A compreensão, por conseguinte, existe "independentemente de qualquer pretensão de objetividade, distanciamento e neutralidade; [...] não parte de um vazio [...] mas sim procede de algo dado, que é simultaneamente possibilidade e limite".¹⁵⁸ Para Heidegger sua concepção de compreensão e interpretação a partir de uma visão prévia é anterior a própria relação do sujeito-objeto.

Neste ponto irrompe o questionamento de Heidegger relativamente ao lugar onde a compreensão surge. Em seu entendimento a compreensão estaria no ponto de intersecção entre a tradição, isto é, a historicidade e a presença. Neste ponto "ocorre a hipótese inicial em relação ao objeto".¹⁵⁹ Heidegger desta forma, desaprova à tradição como limite à compreensão. Seguindo o entendimento hermenêutico do filósofo alemão, aduz Khaled

[...] não há ser no mundo sem compreensão: o fato de pensar-se ou pensar o mundo já é uma particular compreensão do mundo e de si mesmo. Mundo, em Heidegger, tem conotação de mundo pessoal e não objetivamente considerado, como seria o caso do universo contemplado por um cientista movido em busca da verdade como correspondência.¹⁶⁰

Com relação ao posicionamento do magistrado, este nunca permanecerá isento de uma compreensão a respeito de um fato, dado que, como mencionado, não existe juiz neutro. Seguindo este raciocínio é possível ir além ao afirmarmos que não existe ser humano neutro. Todo sujeito é provido de uma compreensão fundada na tradição, cuja possibilidade de

¹⁵⁵ KHALED JR., 2013, p.508.

¹⁵⁶ KHALED JR., 2013, p.508.

¹⁵⁷ HEIDEGGER, 2005, p.207.

¹⁵⁸ KHALED JR., 2013, p.508-509.

¹⁵⁹ KHALED JR., 2013, p.509.

¹⁶⁰ KHALED JR., 2013, p.510.

interpretação é específica de cada um. Não há um método a ser seguido, uma resposta pronta, bastando uma justificação em torno do fato. A tradição tem o poder de condicionar toda a compreensão humana, estando as possibilidades numa espécie de círculo hermenêutico, previamente programado.

A delimitação da projeção compreensiva, igualmente se funda na tradição, uma vez que esta em alguns momentos se mostra receptiva diante do objeto de análise, em outros casos, devido a complexidade do objeto a tradição nega o conhecimento, tornando inacessível a compreensão pelo sujeito.¹⁶¹ A partir disso, é possível falar da simplificação da linguagem, isto é, dos conceitos quando da fundamentação do magistrado, em alguns casos proceder a uma análise superficial se assemelha a impossibilidade de se alcançar uma solução satisfatória.

No que concerne ao Direito Penal e Processual Penal é imprescindível a perspectiva de Khaled acerca da compreensão defendida por Heidegger

[...] o pensamento jurídico-penal consiste em uma tradição, que é composta por um conjunto de conceitos que estabelecem uma particular forma de tratamento aos fenômenos que juridicamente são concebidos como crimes. Essa tradição parte de postulados modernos que delimitam uma determinada forma de relação com as coisas a conhecer, que acreditamos [...] ser fundamentalmente danosa aos interesses do acusado, uma vez que veladamente refunda uma epistemologia inquisitória, que é, no entanto, encoberta discursivamente pelo ideal de busca da verdade.¹⁶²

Essa concepção no tocante ao que simboliza a fundamentação da decisão no julgamento penal brasileiro demonstra as irregularidades das considerações ostentadas pelo magistrado. A hermenêutica filosófica "parte de pressupostos que concebem o conhecimento a partir de outros parâmetros, bastante distintos dos parâmetros modernos".¹⁶³ Aqui o "intérprete está necessariamente inserido no círculo hermenêutico"¹⁶⁴, a interpretação ocorre em função da tradição, como elemento inicial. Desta forma, "não são os juízos, mas sim os pré-juízos que constituem nosso ser".¹⁶⁵

Na concepção moderna, o juiz formula um pensamento lógico em que a busca da verdade é seu maior objetivo. Ao partir de um pressuposto tal o intérprete menospreza seus pré-juízos, ou seja, sua intrínseca fundamentação, sua verdadeira compreensão acerca do fato. Esta atitude é justamente o oposto daquilo que a hermenêutica filosófica preconiza. É

¹⁶¹ KHALED JR., 2013, p.510.

¹⁶² KHALED JR., 2013, p.511-512.

¹⁶³ KHALED JR., 2013, p.512.

¹⁶⁴ KHALED JR., 2013, p.512.

¹⁶⁵ KHALED JR., 2013, p.512.

relevante frisar que o posicionamento do magistrado quando desprovido desta análise referente aos seus próprios pré-juízos não será necessariamente injustificado e merecedor da mais ampla retaliação, nem estará obrigatoriamente distorcendo a realidade, apenas será analisado por uma perspectiva equivocada.

Como nossa compreensão surge a partir da tradição "dada a historicidade de nossa existência, os pré-juízos constituem a orientação prévia de toda nossa capacidade de experiência".¹⁶⁶ O magistrado, portanto, inevitavelmente estará inserido em um círculo hermenêutico, em que a tradição lhe fornecerá as possibilidades de interpretação na sua forma mais pura. De acordo com Lopes Jr "O pertencimento a uma tradição é uma condição existencial, pois configura os nossos pré-juízos, a partir dos quais a compreensão se faz possível".¹⁶⁷ E acrescenta

O juiz é um ser-no-mundo, logo sua compreensão sobre o caso penal (e a incidência da norma) é resultado de toda uma imensa complexidade que envolve os fatores subjetivos que afetam sua própria percepção de mundo. Não existe possibilidade de um ponto zero de compreensão, diante da gama de valores, preconceitos, estigmas, pré-juízos, aspectos subjetivos, etc., que concorrem no ato de julgar, logo sentir e eleger significados.¹⁶⁸

A hermenêutica filosófica assinala, por conseguinte, um considerável avanço na busca de uma fundamentação judicial, uma vez que sugere um aprofundamento da própria compreensão, não apenas para "confirmar suas antecipações, mas tomar consciência delas e as controlar". Seus argumentos não se destinam a retirar partes do que considera mais relevante mas, ao contrário, se dispõem a investigar todas as possibilidades integralmente. "A ideia é impedir a mera confirmação das próprias hipóteses e antecipações".¹⁶⁹

Não obstante tenha a hermenêutica filosófica esclarecido a importante questão referente aos fundamentos formadores da convicção do juiz, sobretudo, em Heidegger, seus conceitos quando aplicados aos métodos de interpretação do magistrado não respondem satisfatoriamente ao problema da racionalidade da decisão judicial. Sua teoria se restringe à apreciação ontológica de compreensão e interpretação, na qual permanece em um âmbito existencial do ser, afastada de qualquer influência empírica.¹⁷⁰

¹⁶⁶ KHALED JR., 2013, p.512.

¹⁶⁷ LOPES, JR., 2010, p.344.

¹⁶⁸ LOPES, JR., 2010, p.344.

¹⁶⁹ KHALED JR, 2013, p.516.

¹⁷⁰ FERNANDEZ, Atahualpa. *Hermenêutica Filosófica e Interpretação Jurídica: por uma consciência do cérebro*. disponível em <http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/filosofia-do-direito/309129-hermeneutica-filosofica-e-interpretacao-juridica-por-uma-consciencia-do-cerebro>. Acesso em 15 de novembro de 2014.

Ao analisar a formação do conhecimento a partir de elementos inerentes ao ser e indiferentes a qualquer ato experiencial a hermenêutica filosófica se coloca em uma posição afastada das ciências cognitivas, ainda que as pré-compreensões analisadas por Heidegger estejam próximas do que representa a intuição prévia nos estados mentais cognitivos.

O objeto de estudo da Psicologia Cognitiva é o comportamento mental humano, exteriorizado por intermédio de diversos mecanismos, dentre os quais, a memória, o raciocínio, a intuição, o pensamento e a linguagem. Essa exteriorização pode ocorrer de modo consciente ou inconsciente, isto é, nosso cérebro ao receber uma informação externa, capta o seu conteúdo, e através de fatores neurológicos, elabora uma resposta para a situação.

O conhecimento é adquirido por meio dessas interações entre funções cerebrais e ambiente externo, aqui presentes experiências, aspirações, pensamentos. Quando recebida a informação pelo cérebro, as estruturas cognitivas existentes, memória, intuição, raciocínio, assimilam esse conteúdo novo com o intuito de interpretá-lo e modificam sua disposição interna para compreendê-lo, através dos mecanismos de assimilação e acomodação, respectivamente. Essa sequência de eventos é denominada de processo de adaptação.

O pensamento ou a possibilidade de pensar surge, conseqüentemente, dessa interação cérebro-fatores externos ao cérebro. São os mecanismos neurológicos os responsáveis por nossas atitudes, pela resposta rápida diante de uma situação de perigo ou pelo argumento minucioso relativamente a uma questão complexa. Essas características encerram a comprovação de que o ser humano não é totalmente dotado de razão e suas escolhas não são integralmente resultantes de um pensamento racional.

Considerar a interpretação da hermenêutica filosófica nas decisões do magistrado significa conceber uma resposta a partir de fatores desde sempre presentes na convicção do sujeito, sendo as opções disponíveis nesse círculo hermenêutico as únicas possibilidades de escolha instituídas. Todavia, a interpretação também é um ato do sistema neurológico, ou seja, o cérebro é o responsável por nossa capacidade de compreender e interpretar, através dos mecanismos de aprendizagem, isto é, os estados cognitivos de memória, raciocínio, intuição.

A interpretação, portanto, não é algo que está fora do âmbito da realidade do magistrado, assim como não se apresenta de maneira igual para todos os indivíduos. Ao contrário, são essas evoluções mentais resultantes da interação entre as capacidades cognitivas e as experiências vivenciadas que transmitem a genuína deliberação entre as opções disponíveis. Deste modo, compete unicamente ao juiz o monitoramento consciente de seus estímulos cognitivos, tanto em relação aos fatores de compreensão racionais quanto ao controle das emoções e intuições.

3.3 Para uma Perspectiva Democrática da Decisão a partir da Psicologia Cognitiva

"A Psicologia Cognitiva é o estudo de como as pessoas percebem, aprendem, lembram-se e pensam sobre a informação".¹⁷¹ Na tomada de decisão judicial o modelo racionalmente idealizado se desvela imaginário e insuficiente diante das perspectivas apresentadas pelo sistema cognitivo de julgamento.

A princípio, é importante compreender os alicerces que fundamentam a decisão judicial modernamente projetada. Na modernidade o método interpretativo típico é estruturado por uma dogmática jurídica, que em nome da racionalidade preconizada, sobretudo pelo Estado, propaga uma ideia "de decisão judicial que visa a oferecer a mesma segurança que as fórmulas matemáticas [...] Em suma, um ato de decisão judicial que não se contenta com menos que a certeza".¹⁷²

A ideia de verdade, de fato sempre esteve presente como pressuposto para uma fundamentação judicial. "Verdade dos fatos, verdade das leis, verdade da constituição, verdade do processo, verdade do discurso, verdade do intérprete, etc.".¹⁷³ Essa busca pela verdade, ganhou respaldo, sobretudo, no discurso moderno, sendo por este legitimado em benefício de uma segurança social. A respeito aduz Azevêdo

Eis o ato de decisão judicial delimitado pelos marcos característicos da modernidade: um ato em busca de certeza, compulsivo pela segurança, paranóico pela verdade, traumatizado pela dúvida e, estrategicamente procedimentalizado, de sorte a encobrir as ideologias que lhe são subliminares.¹⁷⁴

A epistemologia moderna encobre suas limitações com base em um argumento de objetividade dos julgamentos bem como da neutralidade do magistrado. O discurso aparenta completa racionalidade, uma vez que suas lacunas, os espaços inconscientes, são preenchidos pelo imaginário do juiz que cria, altera, constrói e desconstrói pensamentos e ideologias em torno dessas possibilidades desconhecidas.

Deste modo, o julgador supõe estar decidindo apoiado na totalidade de informações do caso, quando na realidade seu julgamento é conduzido unicamente por fatos conhecidos que

¹⁷¹ STERNBERG, Robert J. *Psicologia Cognitiva*. disponível em http://www.psicologiacesmac.com/uploads/6/3/0/7/6307365/sternberg_psicologia_cognitiva.pdf. Acesso em 19 de novembro de 2014, p.1.

¹⁷² AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *O Ato de Decisão Judicial: uma irracionalidade disfarçada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.39.

¹⁷³ CUNHA, José Ricardo. *Epistemologia e Modernidade*. disponível em http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/5/5b/Epistemologia_e_Modernidade.pdf. Acesso em 20 de novembro de 2014.

¹⁷⁴ AZEVÊDO, 2011, p.40.

se lhe manifestam mais compreensíveis e menos abstratos. As demais informações, mormente, as mais complexas e incertas, são superestimadas e preteridas, persistindo apenas uma certeza mitigada ou, em outras palavras, uma racionalidade limitada.

O *senso comum teórico*, igualmente traz como inferência uma ideia de segurança apoiada na racionalidade do legislador que age e pensa segundo um sistema coerente e preciso, alicerçado em um Direito Penal isento de lacunas e contradições. A garantia ocorre, através de um julgamento neutro, livre de qualquer arbítrio, uma vez que a responsabilidade do Estado visa proteger todos os cidadãos sem qualquer distinção. A busca da verdade, neste contexto, é sobreposta aos argumentos valorativos do magistrado.¹⁷⁵

Esta concepção, entretanto, não merece respaldo, dado que a busca pela verdade não é algo universal e atemporal.¹⁷⁶ A racionalidade jamais atingirá a completude de suas afirmações, uma vez que em sua proposta o conhecimento integral abrange inclusive certezas em relação ao futuro, com a possibilidade de antecipar as consequências de um fato. Este pensamento, é ilusório, não temos a capacidade de prever o futuro e ainda que esta probabilidade fosse efetivamente plausível, seu conteúdo se apresentaria fragmentado, envolto apenas em hipóteses conhecidas, permanecendo ocultas as incertezas.

Desde o platonismo, atravessando a Filosofia da Consciência através da metafísica dualista que divide corpo e alma, apresentada como proposta para o problema da subjetividade nas decisões judiciais por Descartes e mais tarde por Kant, passando pelas mais diversas teorias, a busca da verdade sempre esteve vinculada ao modo como o magistrado interpreta e conhece a partir de uma informação. Desta forma, a consciência, isto é, a compreensão de um fato a partir de um juízo pré-esclarecido se torna um mecanismo de legitimação dos julgamentos.

A epistemologia da modernidade perde seu objeto no momento em que analisa a decisão judicial unicamente sob o enfoque destes argumentos conscientes. Embora não seja possível responder plenamente "sobre como se constrói a decisão penal"¹⁷⁷ é certo que apenas elementos racionais não comportam a totalidade da resposta. As decisões penais, antes resultam de uma série de condicionantes de natureza cultural, ideológica, midiática ou mesmo pelo inconsciente.¹⁷⁸

¹⁷⁵ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979. p.118.

¹⁷⁶ AZEVÊDO, 2011, p.41.

¹⁷⁷ MORAIS DA ROSA, 2006, p.383.

¹⁷⁸ MORAIS DA ROSA, 2006, p.384

A hermenêutica jurídica do *senso comum teórico dos juristas* conservando as premissas da Filosofia da Consciência, mantém esse conforto proporcionado pela metafísica a partir de uma "*interpretação autêntica*"¹⁷⁹. O ato de decidir no Direito Penal e Processual Penal se respalda novamente na verdade como elemento para uma interpretação isenta de arbitrariedades e discricionariedades. Neste contexto, a hermenêutica jurídica pretende "mediante métodos corretos, conceder a verdade dos textos".¹⁸⁰ A decisão se torna "mero ato lógico, desprovido de inserção no 'mundo da vida', sempre em busca da ilusória 'verdade real' [...] com fins nem sempre confessáveis".¹⁸¹

O sujeito cartesiano conduzido por uma interpretação segundo um método é legitimado pelo discurso de caráter platônico, em que a verdade se mostra deveras universal, sendo anterior e superior a linguagem. Sua compreensão da realidade é lógica e padronizada, o que torna o entendimento "simplista, daí seu efeito cativante".¹⁸²

É perceptível a padronização desse comportamento desde sempre iniciado por uma certeza dos resultados. A interpretação segue um método, que por sua vez se pauta em um entendimento lógico-dedutivo. Com o amparo da metafísica, o magistrado decide sob a certeza de sua racionalidade e consciência, acreditando veementemente na verdade dos fatos como uma consequência iminente do caminhar processual. Procedendo deste modo, os "atores jurídicos [se eximem] de qualquer indagação sobre si próprios, sobre seu '*ser-aí-no-mundo*', 'como se' desprovidos de *inconsciente*, bem como sobre os próprios limites do processo".¹⁸³

Estas consequências inquisitoriais de julgamento resultado não apenas das práticas do período medieval, mas, sobretudo, de um modo de pensar que retira da compreensão fatores condicionantes e de importância superior a própria consciência do magistrado estão ainda na atualidade fortemente impregnados não apenas no imaginário do juiz, mas como prática jurídica apontada pelos manuais.

Essa tomada de decisão penal, destarte, é não apenas idealizada pela maioria dos juízes mas igualmente preconizada pelos doutrinadores brasileiros como resultado de uma fundamentação na qual a verdade dos fatos está acima de qualquer garantia em relação ao acusado. A hermenêutica jurídica quando utilizada ocorre de forma fragmentada apenas em

¹⁷⁹ MORAIS DA ROSA, 2006, p.170.

¹⁸⁰ MORAIS DA ROSA, 2006, p.170.

¹⁸¹ MORAIS DA ROSA, 2006, p.384.

¹⁸² MORAIS DA ROSA, 2006, p.171.

¹⁸³ MORAIS DA ROSA, 2006, p.174.

relação ao texto formal, uma vez que "a facilidade aparente e eficiência do provimento judicial é que contam".¹⁸⁴

O processo, no *senso comum teórico* expressa "um conjunto de atos preordenados a um fim".¹⁸⁵ A interpretação formal unicamente não tem a capacidade de englobar a deliberação do magistrado, conseqüentemente, retira da decisão sua "estrutura democrática",¹⁸⁶ própria do sistema acusatório. É imprescindível uma interpretação a partir das garantias constitucionais antes mesmo de iniciar a análise do Código de Processo Penal. Esse deslocamento de compreensão, de garantia do contraditório como ponto inicial e anterior a investigação do processo "consiste em sua característica fundamental",¹⁸⁷ embora sua aparente evidência não seja usualmente aplicada pelo julgador.

Neste ponto irrompe grande parte das arbitrariedades que caracterizam o juiz como sujeito paranoico, solipsista e discricionário. O Processo Penal segue, e assim deve ser, "etapas antecedentes que [legitimam] o procedimento como condição preparatória ao provimento final".¹⁸⁸ Estas etapas, todavia, na maioria dos processos são substituídas pela conveniência do magistrado, que desde o início da análise dos fatos concebe uma verdade cujos fundamentos no decorrer da ação terão como único intuito confirmar sua decisão inicial, alicerçada evidentemente em um pensamento racional e consciente.

Na contramão do *senso comum teórico*, que primeiro decide e depois julga, consoante um entendimento pré-compreendido, o processo como procedimento em contraditório parte de uma etapa inicial, respeitando seu conteúdo e sua finalidade, bem como as etapas posteriores. O Processo Penal estará, destarte, legitimado quando seguir o "desenrolar correto dos atos e posições subjetivas previstos em lei".¹⁸⁹

O procedimento em contraditório não representa, contudo, apenas a presença formal dos sujeitos "(juiz, auxiliares, ministério público, acusado, defensor)".¹⁹⁰ Antes reflete toda as garantias constitucionalmente previstas, devendo o magistrado obrigatoriamente julgar destituído de favorecimentos e parcialidades em relação a uma das partes. Do mesmo modo que ao juiz é defeso decidir conforme sua intuição no que concerne ao fato, igualmente não deve deslocar suas concepções pessoais com intuito de invariavelmente provar a culpa do réu.

¹⁸⁴ MORAIS DA ROSA, 2006, p.171.

¹⁸⁵ MORAIS DA ROSA, 2006, p.258.

¹⁸⁶ MORAIS DA ROSA, 2006, p.258.

¹⁸⁷ MORAIS DA ROSA, 2006, p.259.

¹⁸⁸ MORAIS DA ROSA, 2006, p.261.

¹⁸⁹ MORAIS DA ROSA, 2006, p.261.

¹⁹⁰ MORAIS DA ROSA, 2006, p.263.

O juiz, apesar de estar inserido no procedimento em contraditório como sujeito do processo, não se confunde com as partes, sendo um terceiro imparcial. É esta qualidade, decorrente do sistema acusatório de decisão, "no qual são distintos o órgão acusador e o órgão julgador"¹⁹¹ que garante a efetividade de um julgamento consoante o estabelecido pelo devido processo legal, sem juízos probatórios valorativos pautados no livre convencimento do magistrado.¹⁹²

No *senso comum teórico dos juristas* o objetivo principal do Processo Penal é sua adequação no que se refere aquilo que o Estado e a sociedade almejam como segurança e bem-estar. Desloca-se, conseqüentemente, as garantias do acusado para as expectativas de justiça preconizadas pela coletividade. O julgamento, novamente pautado na Filosofia da Consciência, é efetivado, cumpre seu papel, a partir do momento em que o magistrado decide consoante os anseios populares.

Esta sociedade contida em um Estado Democrático de Direito ilusório, retrata, ainda que inconscientemente a figura do magistrado como um sujeito de "poderes sobre-humanos"¹⁹³ contemplando e aceitando suas decisões sem se ater as garantias fundamentais inerentes a pessoa do acusado. Essa concepção, pautada nos valores sociais, não é digna de aprovação, a racionalidade do magistrado ainda que parcial não pode suprir valores que efetivamente merecem resguardo.

Com a virada linguística a metafísica tradicional perde significativamente a validade de seus argumentos. A democracia processual, agora fundamentada no contraditório, na ampla defesa e no tratamento homogêneo das partes passa a questionar os julgamentos segundo as próprias limitações inerentes ao conhecimento de qualquer ser humano. A certeza sempre preconizada como fundamento último e legitimador das garantias de segurança e bem-estar da sociedade encontra no peculiar comportamento do magistrado a confirmação de uma racionalidade desde sempre parcial.

Após esta pontual análise acerca da fundamentação integralmente racional do magistrado bem como das falhas desse pensamento pautado na ilusão proporcionada pelo *senso comum teórico dos juristas* e da Filosofia da Consciência resultando em um "conforto *Metafísico*"¹⁹⁴ é possível depreender algumas propostas que visam desmistificar essa incessante certeza na verdade dos fatos. Como o objeto de pesquisa desta monografia se

¹⁹¹ FILHO, Vicente Greco. *Manual de Processo Penal*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva 2010, p.232.

¹⁹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13ª Ed. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010, p. 464.

¹⁹³ MORAIS DA ROSA, 2006, p.265.

¹⁹⁴ MORAIS DA ROSA, 2006, p.170.

reporta aos comportamentos mentais da Psicologia Cognitiva, a perspectiva democrática da decisão penal será novamente direcionada para este ramo da Psicologia.

O psicólogo Daniel Kahneman, através de seus métodos de pesquisa empírica constatou que não apenas o sistema de decisão S1 apresenta restrições em relação a predisposição para adquirir um conhecimento, o Sistema S2 igualmente contém essa delimitação uma vez que "suas capacidades são limitadas, bem como o conhecimento ao qual ele tem acesso".¹⁹⁵ A maior parte das informações presentes no cérebro são inacessíveis tanto pelo Sistema S1 quanto pelo Sistema S2, portanto, independente do modo como pensamos em relação a algo, sempre estaremos limitados as respostas disponíveis, sendo estas por vezes resultado deste inconsciente inacessível.

Apesar desta constatação Kahneman estabelece a atenção e a concentração como mecanismos essenciais para um julgamento devidamente fundamentado. O magistrado enquanto estuda o processo deve obrigatoriamente fazer uso de seu Sistema S2. O Sistema S1 não é capaz de assimilar e processar diversas informações distintas ao mesmo tempo. Sua capacidade é limitada a referências descomplicadas. O Sistema S2, por sua vez, tem essa capacidade de ajustar as tarefas de forma a impor sobre a memória situações que estão além das reações habituais.¹⁹⁶

Utilizar o Sistema S1 nas decisões judiciais é algo perigoso, dado sua vocação para acreditar facilmente naquilo que lhe parece mais compreensível. Embora o sistema automático de decisão esteja correto na maior parte do tempo, essas decisões não se remetem ao Direito Penal e Processual Penal, mas apenas a escolhas diárias, como um mecanismo de defesa diante das várias possibilidades de informações disponíveis. Na tomada de decisão penal o comportamento do magistrado deve se pautar pela racionalidade, deliberação e consciência de que seu julgamento sempre estará envolto por uma racionalidade parcial, ainda quando alicerçado nas premissas do Sistema S2. A Psicologia Cognitiva é, portanto, um sustentáculo indispensável para a decisão penal, uma vez que científica através da introspecção do juiz a existência de falhas na tomada de decisão, sobretudo, aquelas presentes no Sistema S1.

A origem da interpretação do magistrado, incansável objeto de estudo das mais variadas teorias filosóficas, jurídicas, hermenêuticas, longe de atingir um posicionamento dominante, ganha uma nova perspectiva com a introdução da Psicologia Cognitiva para além da mesmice de desconsiderar os mecanismos de funcionamento do cérebro humano e sua

¹⁹⁵ KAHNEMAN, 2012, p.520.

¹⁹⁶ KAHNEMAN, 2012, p.29.

interação com os elementos externos, tanto em referência ao juiz quanto relativamente ao ambiente jurídico.

Os comportamentos cognitivos não se encontram aquém das ciências ditas interpretativas, ao contrário é um componente fundamental e condicionante da autêntica interpretação judicial. É certo que as inovações trazidas por essa concepção do ato de decidir alicerçado em perspectivas neurológicas ainda provoca sobressaltos na maioria dos juízes, sobretudo, aqueles que concretamente desprezam em suas decisões as influências desses comportamentos. Esse reconhecimento não é algo que se mostre racional em um primeiro momento. Faz sentido. No entanto, essa constatação é evidente e os estados mentais cognitivos efetivamente podem alterar uma decisão judicial, quer pelo rápido Sistema S1 quer pelo lento Sistema S2 de Daniel Kahneman. Até que ponto esses sistemas estarão aptos a modificar uma decisão judicial dependerá apenas da conscientização do julgador de que sua racionalidade termina onde seu inconsciente inicia. No tocante a este local de convergência resta apenas a reflexão.

CONCLUSÃO

Após a pontual verificação acerca do funcionamento dos modelos de decisão S1 e S2 apresentados pelo psicólogo Daniel Kahneman e direcionados para a tomada de decisão penal ficou evidente as armadilhas do intuitivo Sistema S1 responsável pela resposta rápida, involuntária e inconsciente. A partir de algumas consequências resultantes da utilização desse mecanismo decisório demonstradas por Kahneman foi possível compreender como somos na maior parte do tempo induzidos a respostas prontas segundo um padrão de comportamento que adquirimos no decorrer de nossas experiências de vida.

O Sistema S2 exposto por Kahneman embora seja o mecanismo ideal de tomada de decisão, sobretudo, nos julgamentos penais, por apresentar como características um pensamento consciente, racional, voluntário e deliberado, da mesma forma que o Sistema S1 apresenta limitações pois está restrito as possibilidades de acesso fornecidas pelo processo neurológico, confirmando novamente a incapacidade do magistrado de considerar suas decisões integralmente racionais.

Essa constatação, ausente o intento de responder inteiramente a origem de todo conhecimento, bem como os métodos de interpretação efetivamente utilizados pelo magistrado, propõe a inclusão de uma nova percepção para as decisões judiciais de acordo com os mecanismos cognitivos. Através desta assimilação acerca da existência de armadilhas e falhas no Sistema S1, isto é, sua predisposição em aceitar como verdadeiros fatos mais compreensíveis, assim como a consciência de que, embora o Sistema S2 seja de fato o mecanismo que mais aproxima o magistrado de um julgamento racional, ainda assim haverá momentos em que o inconsciente será o responsável pela resposta final.

No Direito Penal e Processual Penal a racionalidade como modernamente é idealizada não persiste quando investigada sob o enfoque da Psicologia Cognitiva. A Filosofia da Consciência excessivamente propagada como uma certeza em relação a fatos e acontecimentos carrega consigo uma racionalidade que ultrapassa todas os erros de previsibilidade apresentados nesta monografia, segundo o entendimento de Nassim Nicholas Taleb.

A racionalidade na concepção do juiz inquisidor alcança acontecimentos futuros e desconhecidos ante nossa limitada capacidade de prever situações. No conforto da metafísica seu conhecimento é universal, amplo e atemporal. Qualquer obscuridade é preenchida pelo imaginário do magistrado, sua certeza conduz seu pensamento, a lógica e o método são

mecanismos essenciais, nada é decidido sem a presença de um raciocínio consciente, previsível e matematicamente estruturado. Neste contexto, os erros são imperceptíveis, as falhas resultam de fatores externos e ainda que houvesse algum equívoco, um desvio de pensamento, a explicação seria igualmente lógica e racional, uma vez que o magistrado não apenas possui completa racionalidade mas a partir dela inicia suas apreciações.

Quando o juiz penal desconsidera a importância das limitações de seu conhecimento assim como o perigo das respostas prontas, intuitivas e padronizadas ou ainda, acredita na certeza de sua decisão como algo imensurável seus objetivos convergem para um julgamento predisposto a confirmar essa verdade inabalável. E as consequências desse posicionamento na ampla maioria dos casos não tem como intuito absolver o acusado.

Retomando a proposta da epistemologia moderna, esta tem como alicerce o bem estar e a segurança da sociedade. Partindo desta proposição, pautada no *senso comum teórico dos juristas* o magistrado concebe a figura do réu como um sujeito a parte da sociedade, alguém cuja conduta está afastada dos padrões idealizados pelos cidadãos de bem. Este acusado, portanto, deve ter seu julgamento respaldado o mais próximo possível da realidade, e esta na previsão do juiz inquisidor se manifesta na incessante busca pela verdade dos fatos ou como habitualmente é chamada: verdade real.

A tão proclamada verdade real, presente inclusive em boa parte dos *Manuais de Direito Processual Penal* brasileiros, tem como características os mesmos preceitos expressos no sistema acusatório, porém inversamente idealizados. Em outras palavras, enquanto o sistema acusatório se pauta no devido processo legal, aqui presentes todas as garantias de defesa do acusado, sobretudo, os princípios constitucionais do contraditório, da legalidade, da ampla defesa, da dignidade da pessoa humana, entre outros, no sistema da verdade real as determinações inquisitoriais renascem ou apenas se manifestam, dada sua especificidade sempre presente no imaginário de alguns magistrados.

Essa herança dualista cartesiana que coloca o pensamento do magistrado em um patamar superior a qualquer posicionamento contrário aquilo que preceitua, que conforta seu ego ao preencher ilusoriamente os espaços vazios de obscuridade do cérebro, próprios de qualquer ser humano, que transpassa qualquer incerteza independente do tempo, futuro ou passado e da época em que ocorreu, que fortalece a verdade e enclausura as dúvidas, não apenas contraria as evidências apresentadas pela Psicologia Cognitiva como efetivamente seus resultados não atingem a finalidade a que se propõem, antes provocam mais incertezas, mais dúvidas e menos garantia de segurança.

A decisão racional da modernidade é um mito, uma falácia, assim como seus objetivos menosprezam a existência de fatores inconscientes, neste sentido, involuntários e intuitivos, próprios do Sistema S1, não se confundindo com o pensamento inconsciente da Psicanálise, objeto não abordado nesta monografia, igualmente concebem uma verdade que não existe e nunca existirá. E aqui, a Psicologia Cognitiva pode de fato servir como suporte para desmistificar esse imaginário conceito, ainda que não obtendo uma resposta satisfatória ao menos conscientizando a respeito dessas falhas da intuição e das limitações tanto do Sistema S1 quanto do Sistema S2.

Na perspectiva de uma decisão penal democrática a proposta da Psicologia Cognitiva remete o magistrado para uma nova compreensão acerca dos fatos. Estes devem ser analisados respeitando-se as etapas próprias do Direito Processual Penal, sendo defeso o direcionamento de percepções arbitrárias e parciais. Ao acusado é imprescindível proporcionar todas as garantias que lhe são específicas, sendo o mero cumprimento de formalidades insuficiente. Ao magistrado é fundamental atuar dentro dos limites de sua racionalidade e competência, ouvindo as testemunhas bem como as partes sem formular entendimentos anteriores a decisão final e principalmente se obstando de investigar provas que comprovem sua certeza metafísica.

Daniel Kahneman quando realizou seus experimentos e constatou empiricamente que o ser humano através dos Sistemas de decisão S1 e S2 não é capaz de responder de modo suficientemente racional diante de uma escolha não teve como intuito desvendar as causas desta irracionalidade antes se empenhou em examinar o padrão de comportamento projetado pela ampla maioria dos indivíduos bem como as falhas resultantes dessas escolhas. Em nossa individualidade nos auto intitulamos seres únicos, excepcionais, com características inerentes ao nosso próprio eu que não se confundem com o sujeito ao lado. Esta concepção assevera que não somos apenas limitados mas igualmente seguimos comportamentos próprios de qualquer indivíduo. Entre tantas diferenças, entre tantos posicionamentos e atitudes, a Psicologia Cognitiva assim como os estudos de previsibilidade e incerteza de Taleb qualificam o ser humano como uma espécie eminentemente padronizada com pressupostos intrinsecamente semelhantes. E, novamente, não há nada de errado nisto.

O que se objetiva evitar são os posicionamentos arbitrários pautados na racionalidade moderna. O magistrado precisa compreender que seu entendimento, sua compreensão e suas aspirações não são resultantes de fatores sobre-humanos, são apenas consequências da interação entre seu sistema neurológico e o modo como seus comportamentos mentais respondem a esses fatores. Sem adentrar nas complexas transformações que ocorrem no

cérebro durante a captação e conversão das informações adquiridas, é certo, todavia que as respostas não surgem de elementos atemporais e impossibilitados de alterações. A resposta tanto em relação as decisões cotidianas quanto no que concerne ao julgamento penal, dito de maneira simplória, se respalda nas limitações do conhecimento humano bem como na consciência de que os comportamentos mentais através dos Sistemas S1 e S2 efetivamente existem e são os responsáveis pela tomada de decisão.

É imprescindível acrescentar mais uma vez a contribuição da tese de doutorado do magistrado Alexandre Moraes da Rosa, convertida em livro, sob o título de *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Seu conteúdo amplo e diferenciado da maioria dos livros que abordam a decisão penal, ainda que fundamentado nos conceitos psicanalíticos, oferece uma perspectiva inovadora acerca de mecanismos usualmente desconsiderados por grande parte dos juízes. Com os acréscimos da Psicologia Cognitiva a intenção é aproximar os complexos sistemas mentais o mais próximo possível da realidade dos julgamentos sem as abstrações próprias da Psicanálise. A Psicologia Cognitiva assume, portanto, uma nova perspectiva na eterna busca por um julgamento efetivamente democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Galeno Procópio M. *Segredos da Mente: Decifrando a Sabedoria Popular*. disponível em <http://www.galenoalvarenga.com.br/baixar/livros-online/psicologia-psiQUIATRIA-neurociencia/segredos_da_mente.pdf>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *O Ato de Decisão Judicial: Uma Irracionalidade Disfarçada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

BARRETO, Ricardo Menna. *Do Leito de Procusto à Discrecionalidade Judicial: as implicações do Solipsismo Filosófico para o Direito e sua superação pela Hermenêutica Jurídica*. disponível em <<http://www.redalyc.org/pdf/934/93421623010.pdf>> Acesso em 23 de outubro de 2014.

BENNETT, M. R.; HACKER, P. M. S. *Fundamentos Filosóficos da Neurociência*. Trad. Rui Alberto Pacheco. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

BONFIM, Vinícius Silva. *Gadamer e a Experiência Hermenêutica*. disponível em <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1152/1341>> Acesso em 25 de outubro de 2014.

BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia Grega*. v. III. Petrópolis: Vozes, 1987.

BRANDO, Marcelo Santini. *Como Decidem os Juízes*. disponível em <http://www.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/1112604_2013_pretextual.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Tradução de José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995

CHOUKR, Fauzi Hassan. *As Reformas Pontuais do Código de Processo Penal*. In: CHOUKR, Fauzi Hassan. (Org.) *Estudos do Processo Penal: o mundo à revelia*. Campinas: Agá Júris, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Dogmática Crítica e Limites Linguísticos da Lei*. In: *Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *O Papel do Juiz no Processo Penal*. In: Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.) *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CUNHA, José Ricardo. *Epistemologia e Modernidade*. disponível em <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/5/5b/Epistemologia_e_Modernidade.pdf>. Acesso em 20 de novembro de 2014.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O Caráter Retórico do Principio da Legalidade*. Porto Alegre: síntese, 1979.

DAMÁSIO, Antonio. *O Erro de Descartes*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Trad. Elza Moreira Marcelina. São Paulo: Abril, 1973.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Influências Extrajurídicas sobre a Decisão Judicial: Determinação, Previsibilidade e Objetividade do Direito brasileiro*. disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/15154/1/2013_RicardoVieiradeCarvalhoFernandes.pdf>. Acesso em 18 de outubro de 2014

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2009.

FILHO, Vicente Greco. *Manual de Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. *Hermenêutica em Retrospectiva: a Virada Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

GHIRALDELLI JR., Paulo. *O Meu Heidegger Essencial*. disponível em <<http://ghiraldelli.wordpress.com/filosofia/o-meu-heidegger-essencial/>>. acesso em 29 de outubro de 2014.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HARTMANN, Érica de Oliveira. *A Motivação das Decisões Penais e a Garantia do Artigo 93, IX, da Constituição da República*. disponível em <ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/download/1765/1462> Acesso em 19 de outubro de 2014

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: Duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. J. Rodrigues de Menege. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

KHALED JR, Salah H. *A Busca da Verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

KHALED JR, Salah H; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *In Dúbio Pro Hell: Profanando o Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional – Vol. II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MASLIN, Keith T. *Introdução à Filosofia da Mente*. Trad. Fernando José R. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2009.

MATTHEWS, Eric. *Mente: Conceitos-Chave em Filosofia*. Trad. Michelle Tse. Porto Alegre: Artmed, 2007.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal: a Bricolage de Significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. *Jurisdição do Real x controle penal: direito e psicanálise, via literatura*. Petrópolis: Delibera/KindleBookBr, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*, sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

NETO, Orlando Faccini. *Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial: Hermenêutica, Constituição e Respostas Corretas em Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança Jurídica e Súmula Vinculante*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2010

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: edições 70, 1997.

POSNER, Richard A. *Comó deciden los jueces*. Madri: Marcial Pons, 2011.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional da Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2006.

ROSINA, Dhênis. *Corpo e Educação: O Diálogo entre as Concepções de Epicuro, Sêneca e Santo Agostinho*. disponível em <http://www.ppe.uem.br/dissertacoes/2008_dhenis.pdf>. Acesso em 02 de outubro de 2014.

SCHÜNNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. disponível em <<http://www.marcialpons.es/static/pdf/9788566722055.pdf>>. Acesso em 20 de outubro de 2014.

SEARLE, John. *Intencionalidade*. Trad. Julio Fischer e Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

SILVA, Frederico Silveira e. *O Decisionismo de Carl Schmitt e sua Relação com a Discricionariedade e a Medida Provisória*. disponível em <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/945/1118>> Acesso em 20 de outubro de 2014.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOARES, Luiz Eduardo. *Hermenêutica e Ciências Humanas*. In: Gauer, Ruth M. Chittó (Org.). *A Qualidade do Tempo: para além das experiências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA, Michel Roberto Oliveira de. *Decido Conforme Minha Consciência*. disponível em <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/viewFile/10549/5980>> Acesso em 23 de outubro de 2014.

STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica. Ensaaios Sobre a Desconstrução*. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2000.

STERNBERG, Robert J. *Psicologia Cognitiva*. disponível em <http://www.psicologiacesmac.com/uploads/6/3/0/7/6307365/sternberg_psicologia_cognitiva.pdf>. Acesso em 19 de novembro de 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Da “justeza dos nomes” à “justeza da resposta” Constitucional*. In: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 43, n. 50, p. 91-114 jul./dez. 2008.

STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 408-409.

TALEB, Nassim Nicholas. *A Lógica do Cisne Negro: O impacto do altamente improvável*. Trad. Marcelo Schild. São Paulo: Best Seller, 2012.

_____. *Antifrágil: Coisas que se beneficiam com o caos*. Trad. Eduardo Rieche. Rio de Janeiro: Best Seller, 2014.

TOURINHO FILHO. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: EDIAR, 1994.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito: Interpretação da Lei*. Porto Alegre: SAFE, 1994.